

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

La Coutume et son rôle

en matière de

COMPTE COURANT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le Jeudi 27 Novembre 1924, à 2 heures

PAR

Germain PULBY

Ancien Elève de l'École Polytechnique

Président : M. PIÉDELIÈVRE, professeur.

Suffragants { MM. RIPERT, professeur.

J. DE LA MORANDIÈRE, professeur.



PARIS V^e

ÉMILE LAROSE, LIBRAIRE-ÉDITEUR

11, RUE VICTOR-COUSIN, 11

—
1924

**La Coutume et son rôle
en matière de Compte courant**

*La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses ;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.*

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

La Coutume et son rôle

en matière de

COMPTE COURANT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le Jeudi 27 Novembre 1924, à 2 heures

PAR

Germain PULBY

Ancien Elève de l'Ecole Polytechnique

Président : M. PIÉDELIÈVRE, *professeur.*

Suffragants { MM. RIPERT, *professeur.*
J. DE LA MORANDIÈRE, *professeur.*



PARIS V^e

ÉMILE LAROSE, LIBRAIRE-ÉDITEUR

11, RUE VICTOR-COUSIN, 11

—
1924



A LA MÉMOIRE DE MON FRÈRE

JEAN-FRANÇOIS PULBY

LICENCIÉ EN DROIT

SOLDAT AU 147^e RÉGIMENT D'INFANTERIE

MORT AU CHAMP D'HONNEUR

LE 5 JANVIER 1915

A L'ÂGE DE VINGT ANS

BIBLIOGRAPHIE

I. PARTIE GÉNÉRALE

- CÉLICE. — *Du pouvoir législatif de la Cour de Cassation ou de la permanence du Droit honoraire* (Discours de rentrée, Aix, 1888).
- J. CRUET. — *La vie du Droit et l'impuissance des Lois*. 1907.
- L. DUGUIT. — *Traité de Droit constitutionnel*. Tome I^{er}, 2^e édit., 1921.
- A. ESMEIN. — *La coutume doit-elle être reconnue comme source du Droit civil français ?* Rapport présenté à la première sous-Commission de révision du Code Civil, dans *Bulletin de la Société d'Études législatives*, 1905, tome IV.
- F. GÉNY. — *Méthodes d'interprétation et sources en Droit privé positif*. 2^e édit., 1919.
- Ed. LAMBERT. — *Étude de Droit commun législatif. La fonction du Droit civil comparé*. Tome I^{er}, 1903.
- LEFÈVRE. — *La coutume comme source formelle du Droit*. Thèse, Lille, 1906.
- MORNET. — *Du rôle et des droits de la jurisprudence en matière civile*. Thèse, Paris, 1904.
- M. PLANIOL. — *Traité élémentaire de Droit civil*. Introduction, tome I, 1911.
- F.-V. SAVIGNY. — *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. 3^e édit., 1840.
- VALETTE. — *Rôle de la coutume dans l'élaboration du Droit*. Thèse, Lyon, 1908.

II. COMPTE COURANT

- BRUN. — *Du Compte courant en cas de faillite*. Thèse, 1899.
- COTTANCE. — *De la compensation des créances dans la faillite*. Thèse, Paris, 1899.

- DELAMARRE et LE POITVIN. — *Traité du Contrat de commission*. 1^{re} édit., 1840.
- P. ESMEIN. — *Essai sur la théorie juridique du Compte courant*. (*Rev. trim. de Droit civil*, 1921).
- FEITU. — *Traité du Compte courant*. 1873.
- FRÉMERY. — *Études de Droit commercial ou droit fondé sur la coutume universelle des commerçants*. 1833, pp. 383 et suiv.
- HELBRONNER. — *Des Comptes courants*. Thèse, 1867.
- HORSON. — *Questions sur le Code de Commerce*. 1829.
- LYON-CAEN et RENAULT. — *Traité de Droit commercial*. Tome IV, n^{os} 784 et suiv.
- MERLIN. — *Questions de Droit. Compte courant*.
— *Répertoire de jurisprudence. Compensation. Compte courant*.
- NICOLESCO. — *La compensation et le Compte courant*. Thèse, Paris, 1920.
- PARDESSUS. — *Traité de Droit commercial*. 2^e édit., 1821.
- PERCEROU. — *Traité des Faillites*. Tome II, pp. 8 à 22.
- THALLER. — *Traité élémentaire de Droit commercial*, pp. 946 et suiv.
- RÉPERTOIRES DE JURISPRUDENCE.
-

INTRODUCTION

La théorie de l'omnipotence de la loi écrite a été, depuis quelques temps, tellement combattue dans notre littérature juridique qu'il peut paraître banal de proclamer, à notre tour, une vérité que d'illustres auteurs ont déjà mise en évidence. Nombreux, en effet, sont les jurisconsultes qui, depuis l'Ecole historique, ont sapé la base de cette théorie qui se traduisait, dans la bouche de Napoléon, par cette boutade qu'on lui prête au moment de l'apparition du premier commentaire sur le Code Civil : « Mon Code est perdu. »

L'Empereur n'aurait donc pas échappé à l'influence des doctrines du XVIII^e siècle, théoriciens du droit naturel. Il pensait que son Code se suffirait à lui-même, et, suivant en cela l'exemple d'un autre grand monarque, Frédéric II, il croyait qu'avec un bon Code le travail du juge pourrait être, en quelque sorte, mécanique (1) ; peut-être même s'imaginait-il que ce Code pourrait être valable pour tous les temps comme pour tous les peuples.

Telles étaient, à la fin du XVIII^e siècle, les idées qui avaient cours sur le pouvoir du législateur. Ces idées s'expliquent, d'ailleurs, suffisamment par le fait que, pendant de nombreuses années avant la Révolution, l'histoire avait été éclipsée par la « philosophie ». Une observation impartiale de l'évolution du droit aurait, en effet, rapidement dissipé cette illusion. Aussi, quand le goût des études historiques reparut, l'opinion contraire se fit jour et se répandit de plus en plus. Nous la trouvons,

(1) M. LIARD, à la fin du XIX^e siècle, dit encore : « Le juriste est un pur géomètre ; les articles du Code sont autant de théorèmes dont il s'agit de démontrer la liaison et de tirer les conséquences. »

au XIX^e siècle, exprimée même par des auteurs dont les ouvrages n'ont que des rapports éloignés avec la science du droit, mais qui, grâce à leur métier d'historien ou à leur goût pour l'histoire, ont été en mesure de la vérifier sur les faits.

Les théoriciens du droit naturel pensaient que le législateur impose arbitrairement sa volonté aux individus dont il prétend régler les rapports. Il n'en est rien ; FUSTEL DE COULANGES le montre à propos de l'autorité dans la famille antique : « La famille n'a pas reçu ses lois de la Cité... Si la Cité ne parle pas ainsi, c'est apparemment qu'elle ne le peut pas. Le droit privé existait avant elle. Lorsqu'elle a commencé à écrire ses lois, elle a trouvé ce droit déjà établi, vivant, enraciné dans les mœurs, fort de l'adhésion universelle. Elle l'a accepté ne pouvant pas faire autrement et elle n'a osé le modifier qu'à la longue. L'ancien droit n'est pas l'œuvre d'un législateur, il s'est, au contraire, imposé au législateur (1). » Et quand ce dernier n'a pas voulu se soumettre, ses injonctions ont été tournées par les intéressés et sont tombées plus ou moins rapidement en désuétude.

D'ailleurs, même si elle a été, à un moment donné, conforme à l'usage, la loi qui est immobile doit fatalement, à une autre époque, se trouver en désaccord avec des pratiques qui évoluent continuellement. Là encore, elle n'est plus appliquée. C'est ce qui s'est passé à Rome pour la législation réglementant la situation juridique des femmes et des esclaves. G. BOISSIER, qui fait le rapprochement des dispositions légales en vigueur et des usages réellement observés à ce sujet, constate que la loi et l'usage se trouvaient en désaccord, et « dans ce conflit, dit-il, c'est la loi qui, en définitive, a été vaincue. Les juriconsultes eux-mêmes le constatent : ils avouent que cette esclave (la femme mariée) qui, légalement ne peut disposer de rien et qu'on retient dans une tutelle éternelle, se trouve être en réalité l'associée, la compagne, presque l'égale du mari... » (2).

(1) FUSTEL DE COULANGES. *La Cité Antique*, L. II, ch. VIII, pp. 92, 93.

(2) BOISSIER. *La religion romaine*, t. II, ch. II, pp. 192, 193.

A propos des esclaves que la législation primitive traitait si durement et qui, quelques siècles après les XII Tables, en vinrent à pouvoir attaquer leur maître en justice, le même auteur ajoute : « Il ne faut pas oublier que les institutions humaines ne font jamais tout le bien ni tout le mal qu'elles peuvent faire. Elles rencontrent dans les mœurs publiques et le sentiment général des obstacles qu'elles ne surmontent pas. Les lois peuvent être excellentes ou détestables, l'homme, qui est peu capable de perfection et qui répugne instinctivement à la barbarie, corrige ce qu'elles ont d'excessif en les pratiquant ; il ne les exécute d'ordinaire que dans les limites où elles ne contrarient pas la médiocrité de sa nature. On s'expose donc à se tromper, si l'on ne juge l'état social d'un peuple que d'après sa législation. Il faut savoir avant tout de quelle façon elle a été appliquée... (1). »

L'auteur n'a, comme on voit, plus d'illusions sur la possibilité de réformer la mentalité des individus au moyen de lois appropriées (2). Pour faire écho à ce scepticisme et compléter ces quelques considérations d'ordre général, recueillies au hasard des lectures, citons encore deux passages d'A. FRANCE : « L'abbé Jérôme Coignard n'excitait personne à la révolte et souhaitait que les institutions fussent usées et limées par un frottement continu plutôt que renversées et brisées à grands coups. Il faisait observer sans cesse à ses disciples que les plus âpres lois se polissaient merveilleusement par l'usage et que la clémence du temps est plus sûre que celle des hommes. Quant à voir refaire d'une fois le corps informe des lois, il ne l'espérait ni le souhaitait, comptant peu sur les bienfaits d'une législation soudaine... (3). » On croirait vraiment lire l'opinion de SAVIGNY lui-même que nous exposerons tout à l'heure. A. FRANCE semble, d'ailleurs, très pénétré des idées de l'Ecole Historique, car

(1) BOISSIER. *La religion romaine*, t. II, ch. IV, pp. 315, 316.

(2) Dans cette étude, nous en verrons une nouvelle démonstration à propos de la loi de 1807 sur l'usure en matière commerciale. Dans un autre ordre d'idées, la loi du 5 avril 1910 sur les retraites ouvrières et paysannes n'a pas eu plus de succès.

(3) A. FRANCE. *Les opinions de Jérôme Coignard*, pp. 27, 28.

il dit, un peu plus loin, dans le même ouvrage, à propos de l'Académie française : « Les académiciens furent créés pour fixer le bel usage en ce qui regarde le discours... Cela fit craindre que la compagnie ne réformât tyranniquement la langue française... Mais on vit bientôt que ces craintes étaient vaines et que les académiciens obéissaient à l'usage, bien loin de l'imposer... (1). »

Or, l'assimilation du droit et du langage des peuples est une idée chère à SAVIGNY. L'exemple de l'Académie nous montre que l'analogie est complète. Le législateur, qui désire que ses commandements soient appliqués, doit se conformer à l'usage. S'ils ont la même ambition, les écrivains et les littérateurs qui sont chargés de réglementer la langue française ne peuvent agir autrement. En introduisant, comme ils font actuellement, de nombreux mots étrangers dans leur Dictionnaire, ils ne font que suivre le sort commun de tous les législateurs.

* * *

On nous excusera d'avoir reproduit en tête de cette étude l'opinion, sur le problème que nous nous proposons d'examiner, de quelques auteurs qui ne sont pas des juristes. Nous pensons avoir ainsi montré que l'idée de l'impuissance et l'insuffisance des lois est de plus en plus répandue. Dans la littérature juridique contemporaine, cette opinion a provoqué de nombreux ouvrages. En France, depuis vingt-cinq ans, après la parution de l'ouvrage fondamental de M. GÉNY, beaucoup d'auteurs se sont occupés de la question. On ne rencontre plus, parmi eux, beaucoup de partisans de la « plénitude du système positif constitué par la loi écrite » qui a été à la base de la méthode traditionnelle d'interprétation en France. Chacun se doute bien, en effet, que la loi ne peut suffire à tout. Mais si l'on y regarde de plus près, si l'on examine, avec l'attention attirée sur ce point, la suite des différents problèmes qui se posent dans une branche quelconque du droit, même du droit privé où cepen-

(1) A. FRANCE, *Les opinions de Jérôme Coignard*, pp. 164, 165.

dant la loi écrite a atteint son plus grand développement, on est étonné de constater, à *chaque pas*, l'insuffisance du texte, l'existence d'erreurs matérielles, la fréquence des lacunes, l'importance des questions non réglées, l'absence de définitions et de sanctions, etc.

Par contre, on trouve de nombreuses règles complémentaires qui, n'émanant pas du législateur, se traduisent néanmoins par des usages répandus et par de fréquentes décisions judiciaires ; c'est l'ensemble de ces dispositions qu'on désigne généralement sous le nom de « coutume ».

Il semblerait, puisque le législateur peut compléter son œuvre dès qu'il en aperçoit les lacunes, que le champ d'application de la coutume dût aller en se restreignant de plus en plus. On conçoit, cependant, qu'il ne puisse disparaître complètement puisque la loi écrite, imparfaite comme toute chose humaine, ne parviendra jamais à tout régler. Et, d'ailleurs, l'évolution des rapports des hommes fait apparaître constamment des situations nouvelles pour lesquelles le législateur n'a rien pu prévoir.

Mais il y a encore une autre raison pour empêcher que le domaine de la coutume ne se restreigne indéfiniment. Les constatations dont nous venons de parler ne feront, en effet, pas ressortir seulement l'insuffisance de la loi écrite ; elle nous montreront également que de nombreuses dispositions légales ne s'appliquent pas ou ne s'appliquent plus et que des règles certainement contraires à la volonté du législateur se sont établies ou perpétuées malgré lui, se substituant *volens nolens* à celles qu'il avait établies. Lorsque la loi a voulu s'opposer brutalement à des usages en vigueur, les intéressés ont essayé de les maintenir et ils y ont souvent réussi ; d'autre part, quand la loi est devenue gênante pour les individus, ceux-ci ne se sont pas fait faute de la tourner souvent avec la complicité des tribunaux qui en sont pourtant les gardiens. Ainsi, là encore, l'usage avec l'aide ou la complicité de la jurisprudence, la coutume en un mot, a montré qu'elle jouait un rôle important dans la réglementation des rapports sociaux. Continuellement en voie de

formation, elle existe encore à l'heure actuelle et sa vitalité est suffisante pour qu'elle triomphe souvent de la loi.

Voilà ce qu'un examen impartial permettrait de vérifier et tout le monde devrait être d'accord sur ces constatations de fait. Cependant, d'après le point de vue auquel ils se placent, les auteurs sont loin de s'entendre tant sur la notion de coutume que sur la portée du droit coutumier, et cela d'autant plus que certains, au lieu d'enregistrer ce qui est, recherchent ce qui *devrait* être (1).

En présence de ces manières de voir divergentes, comment l'interprète, pour lequel la question présente une importance extrême, pourra-t-il se former une opinion? Il n'y a qu'un moyen, semble-t-il, d'y atteindre, c'est de rapprocher ces théories des faits eux-mêmes et de voir si elles reflètent bien ce qui se passe dans la réalité. On devra pour cela recourir à ces études de détail que préconise M. GÉNY dans sa *Méthode d'interprétation*. Après y avoir traité des rapports de la jurisprudence et de la coutume et cité quelques cas particuliers, il dit en effet : « Au surplus, il ne m'appartient pas, à cette place, de développer aucun des exemples, d'entrer dans les détails aussi intéressants qu'ils puissent être, de cette formation coutumière ; il y a là un champ d'investigation tout à fait neuf à explorer, exigeant d'ailleurs un tact très délicat pour discerner les divers degrés de la force créatrice que méritent, suivant les circonstances qui les environnent, les décisions judiciaires. Parcourir ce champ de recherches doit être réservé à des études de détail (2). » Bien que nous ne soyons pas assurés de remplir la condition requise, c'est une étude de ce genre que nous nous proposons de faire sur un exemple choisi dans le Droit Commercial. Puisque nous avons la chance de trouver dans cette branche du Droit des cas

(1) « Que les juristes n'oublient pas que, dans la double besogne qui leur incombe, ils doivent toujours suivre la méthode positive et écarter toutes les conceptions métaphysiques et, *a priori*, tous les procédés artificiels et fictifs. J'aurai souvent, dans la suite de ce livre, à montrer les erreurs dans lesquelles, à ce double égard, beaucoup d'entre eux sont tombés. » (DUGUIT. *Droit constitutionnel*, t. I, p. 32.)

(2) GÉNY. *Méthode*, t. II, pp. 52-53.

de « formation coutumière » toute récente, il serait indiqué de faire de chacun d'eux un examen détaillé et de rapprocher des résultats obtenus, les opinions des différents auteurs.

Pour contribuer à cette œuvre, nous nous proposons, dans ce travail, de rappeler tout d'abord brièvement les principales théories émises sur la coutume, ses rapports avec la jurisprudence et sa portée. Puis, pour éclairer le débat, nous les vérifierons sur le cas particulier des règles admises pour le fonctionnement du compte courant.

PREMIÈRE PARTIE

Formation et rôle de la Coutume

Comme nous l'avons dit, les auteurs contemporains qui ont traité de la coutume ont été, suivant le point de vue auquel ils se sont placés, loin de s'entendre sur la nature et la consistance de cette source de droit. D'autre part, en recherchant comment elle se manifeste, la plupart ont soutenu que la jurisprudence jouait un rôle considérable dans son élaboration ; mais certains ont prétendu que, seules, les décisions judiciaires pouvaient donner naissance à une coutume. En recherchant, enfin, des directives pour l'interprète, les juristes ont dû se prononcer sur l'importante question de savoir si le juge pouvait suivre la coutume, même quand elle contredit la loi. Sur ce point également, l'accord n'a pu s'établir, les uns admettant l'équivalence de la loi et de la coutume dans tous les cas, les autres refusant à cette dernière tout pouvoir contre la volonté du législateur, parce que considérée comme l'expression de la volonté nationale.

C'est sur ces trois questions que nous allons d'abord interroger les différents auteurs avant de soumettre leurs théories à l'épreuve des faits. Chacune de ces questions fera l'objet d'un chapitre spécial de cette première partie.

Nous nous contenterons, d'ailleurs, de rappeler brièvement les opinions émises à ce sujet et, pour limiter notre travail dont le but principal est l'étude d'un cas particulier, nous nous bornerons à exposer les idées des principaux auteurs en les choisissant de préférence parmi les contemporains et parmi les Français.

CHAPITRE PREMIER

La notion de coutume

Il est, avant tout, nécessaire de savoir exactement ce que chaque auteur entend par « la coutume ». Pour ne pas remonter à des temps trop éloignés et pour commencer par une théorie qui a fait époque, nous exposerons en premier lieu, succinctement, les idées de l'Ecole historique sur la question.

§ 1. LA COUTUME DANS L'ÉVOLUTION DE LA RÈGLE DE DROIT

C'est aux juristes allemands de l'Ecole historique que revient le mérite d'avoir, les premiers, mis en lumière le rôle de la coutume dans l'évolution de la règle de droit et cela à un moment où les idées régnantes étaient tout en faveur de la loi écrite. Deux précurseurs, MÖSER et HUGO, semblent être restés assez obscurs et c'est seulement avec SAVIGNY et PUCHTA que, dans le premier tiers du siècle dernier, la théorie a pris corps et s'est propagée d'abord en Allemagne, puis également en France. La fameuse brochure de SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, publiée en 1814 (1), peut être

(1) Cet ouvrage a été écrit au moment où les Etats allemands cherchaient à se libérer du joug napoléonien et où se posait la question de savoir si le Code Civil apporté par les soldats français serait conservé et étendu à tous ces Etats. Savigny y prenait résolument parti contre le Code Civil et les autres codifications de l'époque, même prussienne et autrichienne. A cette occasion, il donne en quelques pages une opinion sur la formation du droit en contradiction complète avec les théories rationalistes qui avaient été en faveur à la fin du XVIII^e siècle, principalement en France. Bien que l'ouvrage constitue surtout une œuvre de circonstance, il présente encore de l'intérêt à ce point de vue. C'est pourquoi il nous a paru intéressant, comme nous n'en connaissons pas de traduction française, d'en traduire et d'en donner en Annexe les deux passages les plus caractéristiques au point de vue qui nous occupe.

considérée comme le manifeste de l'Ecole dont les idées ont été exposées ensuite en détail dans le traité de PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht* (1828-1838).

L'Ecole historique constate que, partout où nous avons des documents suffisants, nous voyons que le droit civil prend un caractère déterminé, particulier au peuple qui l'applique et que le temps n'altère pas sensiblement. Le droit est créé au début par les croyances et les mœurs populaires, d'où résultent les règles les plus simples. Puis, au fur et à mesure de la spécialisation des fonctions sociales, la mission de fixer les règles passe de la conscience du peuple à celle des juristes ; le droit devient de plus en plus détaillé et compliqué. Comme il a toujours besoin d'un support matériel, il se manifeste à l'origine par des actes symboliques et un formalisme rigoureux, puis par de simples sentences transmises de vive voix ou par l'écriture.

Ainsi, tout le droit commence d'abord par être coutumier et a sa racine dans la conscience collective du peuple. Il varie d'un peuple à l'autre et évolue continuellement. C'est enfin une erreur de croire qu'il est issu de la loi et qu'il résulte ou puisse résulter de l'arbitraire d'un législateur.

La coutume étant ainsi située, au point de vue historique, il convient d'examiner quels en sont, d'après les auteurs, les éléments constitutifs.

§ 2. LA COUTUME DÉFINIE PAR SES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS

Selon la théorie la plus ancienne et d'après la majorité des auteurs, les deux éléments qui constituent la coutume sont :

d'une part, un élément de fait, la pratique,

d'autre part, un élément psychologique, le sentiment de l'obligation ou *opinio necessitatis*.

C'est là la théorie des glossateurs, des canonistes et, plus récemment, celle des auteurs allemands modernes et, en France, de M. F. GÉNY.

D'après elle, la coutume apparaît extérieurement sous la

forme d'une série d'actes identiques, effectués dans les mêmes conditions et susceptibles d'une sanction juridique. Elle peut, d'ailleurs, tout aussi bien se présenter sous la forme d'omissions répétées ou d'une abstention prolongée. De toute façon, pour être élevés au rang de coutume, un usage, une manière de faire doivent être constants, c'est-à-dire que la succession des actes par lesquels ils se traduisent soit sinon ininterrompue, du moins régulière, et telle qu'on ne puisse, dans les faits peu nombreux qui s'en écartent, discerner une coutume divergente.

Il est, d'ailleurs, impossible de préciser davantage et l'on ne peut, puisqu'aucune loi ne règle la matière, fixer exactement le nombre d'actes identiques nécessaires, ni chiffrer l'ancienneté d'application indispensable pour qu'un usage constitue une coutume.

D'autre part, les pratiques qui le composent doivent présenter un caractère de publicité suffisant pour avoir été, sans contestation possible, connues et acceptées des intéressés auxquels elles s'appliquent.

Ces indications permettent de se faire une idée assez exacte de l'élément matériel de la coutume et, dans ces conditions, il sera facile de vérifier son existence. Mais il semble beaucoup plus délicat de reconnaître la présence du second élément. C'est, d'ailleurs, toujours dans le sentiment des mêmes individus, les intéressés, qu'il faut le rechercher. M. GÉNY le fait consister dans la conviction que l'acte qui constitue l'usage a un caractère juridiquement obligatoire et qu'il est exposé à une sanction sociale effective.

Comme exemple de coutume, M. GÉNY cite l'usage qui confère à la femme mariée le nom de son mari ou bien la pratique du « Bon pour pouvoir » ou du « Lu et approuvé » sur certains actes sous-seings privés. Au contraire, il ne peut en reconnaître une dans l'usage de la constitution de dot, qui est pourtant constant en France dans les familles aisées, mais qui n'est pas suivi dans le dessein de satisfaire à une obligation de droit.

Ainsi, c'est cet élément psychologique qui séparerait la véritable coutume des habitudes et des usages de la vie, si nombreux

qu'ils constituent toute l'activité sociale de l'humanité, mais dont le juriste n'a pas à s'occuper.

Prenons maintenant les opinions émises par les autres auteurs sur ces deux éléments de la coutume. En ce qui concerne le premier, l'Ecole historique, et surtout PUCHTA, se refusent à voir dans l'usage une des causes génératrices de la coutume juridique. Le droit coutumier existant au préalable dans la conscience collective du peuple, la coutume n'en serait que la manifestation extérieure, mais elle n'y ajouterait rien. Et si elle est nécessaire pour le révéler, elle ne contribuerait en aucune façon à sa formation.

Quant à M. LAMBERT, il soutient que la pratique des tribunaux, l'usage judiciaire, peut suppléer à celui des intéressés et c'est même, d'après lui, la jurisprudence qui, en réalité, donne seule naissance à la coutume. Comme nous aurons l'occasion de revenir, dans un chapitre suivant, sur cette opinion, nous n'y insistons pas pour le moment.

Sur la nature de l'élément psychologique, les opinions sont également variées. Mais cette question est étroitement liée à celle que nous allons étudier maintenant et qui consiste à déterminer d'où la coutume tire sa force obligatoire.

§ 3. D'OU LA COUTUME TIRE-T'ELLE SA FORCE OBLIGATOIRE ?

Pour les glossateurs comme pour les canonistes, l'*opinio necessitatis*, qui constitue l'élément interne de la coutume, résultait du consentement implicite de la population à l'établissement de la règle. C'est de cette approbation et de cette adhésion tacites de l'ensemble des citoyens, ou plus tard du souverain, que la coutume tirerait sa force obligatoire. L'acte d'usage serait donc l'expression de la volonté des intéressés tolérée par le législateur.

Il semble bien, d'ailleurs, que la fiction de la consécration de la coutume par le législateur ne soit qu'une invention *a posteriori* qui masque mal l'impuissance de ce dernier. Au moment où cette théorie a été émise, il était avéré que des règles coutu-

mières persistaient ou surgissaient à côté de la loi écrite. Comme ceux qui professaient cette opinion désiraient maintenir à tout prix l'omnipotence du droit romain ou du droit canonique, ils en vinrent à soutenir pour cela que la force obligatoire de la coutume émanait indirectement du législateur qui l'aurait bénévolement laissé subsister quoique ne l'ayant pas édictée.

C'est, d'ailleurs, une explication analogue que les théoriciens de la monarchie absolue, les légistes, donnèrent au Moyen Age pour expliquer et justifier l'existence de diverses souverainetés en conflit avec l'autorité du roi, telles que : justices seigneuriales, Etats généraux, etc. Comme ces organismes continuaient à empiéter sur les prérogatives qu'ils avaient pour mission de reconnaître au roi seul, les ordres de ces souverainetés furent réputés donnés « par délégation royale ».

Si, pour l'école romano-canonique, l'acte d'usage est un acte de volonté, pour l'Ecole historique, il est, selon M. LAMBERT, un acte de foi ; l'élément interne ne consiste plus dans l'approbation tacite de l'ensemble des individus, mais dans la conviction juridique du peuple, dans la perception des règles de droit par la conscience de la collectivité, perception directe à l'origine pour les règles les plus simples constituant le *Volksrecht*, puis médiate lorsqu'interviennent les juristes ou les tribunaux (*Juristenrecht*).

L'opinion de M. DUGUIT sur ce point n'est pas sans analogie avec la précédente. D'après cet auteur, les règles coutumières, comme d'ailleurs la plupart des injonctions de la loi positive, ne sont que la mise en œuvre, pour des cas particuliers, de normes plus générales qui se trouvent coexister, à un certain moment, dans les différentes consciences individuelles. Cet auteur se distingue donc de l'Ecole historique en ce qu'il repousse l'idée d'une conscience collective, simple entité ne correspondant à rien de réel. Quant à l'origine de la force obligatoire de la coutume, M. DUGUIT la cherche dans un élément purement psychologique et il la trouve dans l'adhésion des consciences individuelles à la règle envisagée. De force obligatoire, la coutume, pas plus que la loi positive ou les règles jurisprudentielles, n'en

a par elle-même. Elle ne prend un caractère de nécessité que dans la mesure et au moment où les membres de la collectivité se sentent obligés par la norme générale dont elle n'est que l'application, c'est-à-dire quand ils se rendent compte que la violation de cette règle serait contraire à l'idée qu'ils se font de la justice et nuirait à la vie sociale et que, par conséquent, la force de contrainte du groupe devrait intervenir pour l'empêcher ou la réprimer.

M. GÉNY veut s'en tenir aux réalités objectives et il trouve inutile de rattacher la coutume à une conception abstraite. En restant dans le domaine des faits, il soutient qu'une règle accréditée par un long usage s'impose aux individus, soit, autrefois, à raison du respect mêlé de crainte qu'on témoignait à la coutume des ancêtres, soit, de nos jours, parce qu'on pense que, s'établissant lentement et sur une infinité de cas concrets, elle est mieux adaptée que toute autre aux nécessités de la vie. A ce point de vue, l'assentiment des intéressés à l'application de la règle, y compris ceux qui en souffrent, est bien une preuve de sa valeur intrinsèque. Enfin, si l'on veut maintenir la sécurité indispensable aux intérêts privés, assurer la stabilité nécessaire des droits individuels et satisfaire surtout à ce besoin d'égalité qui est à la base de toute justice, il est impossible de ne pas reconnaître un caractère obligatoire aux règles coutumières qui ont été longtemps en vigueur.

M. LAMBERT critique vivement cette théorie et il se demande si, d'après M. GÉNY, l'assentiment des intéressés, d'où résulterait la force obligatoire de la coutume, correspond à un acte de foi ou à un acte de volonté. Or, ni l'une ni l'autre de ces conceptions ne peut être admise, prétend cet auteur. En effet, l'acte d'usage ne peut être un acte de foi car c'est ce qu'on reproche surtout à la coutume, c'est son incertitude et la difficulté de sa constatation. Comment concilier cette critique avec l'idée que la coutume résulte d'une perception instinctive du peuple? Soutenir que toute règle coutumière doit son établissement à la croyance de tous les intéressés en son caractère obligatoire et affirmer, d'autre part, que souvent l'existence de cette même règle reste

douteuse ou peu connue du public et même des praticiens serait, d'après lui, une contradiction formelle. Cependant, la seconde proposition est indéniable, de sorte que la première doit être inexacte.

Mais l'acte d'usage ne peut pas être davantage un acte de volonté. En effet, a-t-on jamais vu les conflits d'intérêts entre particuliers s'apaiser par des actes réciproques d'abnégation ou des concessions mutuelles? A aucune époque de l'histoire, on ne peut trouver la trace de cette harmonie mystique des volontés, d'où naîtrait la coutume. Les individus ne cèdent les uns devant les autres que sous la pression d'une puissance supérieure et M. LAMBERT ne voit pas d'autre force qui puisse intervenir pour prévenir ou arrêter les conflits que celle qui est mise à la disposition du juge. Pour lui, comme pour M. PLANIOL, la coutume n'a pas d'autre force obligatoire que celle que lui confère la jurisprudence des tribunaux. Cette conclusion est, à son tour, mise en doute par M. GÉNY. Mais la question des rapports de la jurisprudence et de la coutume mérite que l'on s'y arrête et qu'on l'étudie avec quelque détail. C'est ce que nous allons faire dans le chapitre suivant.

CHAPITRE II

Rapports de la jurisprudence et de la coutume

Au cours du XIX^e siècle, plusieurs jurisconsultes partisans de l'application stricte et rigoureuse de la loi, et dont le plus célèbre à cet égard est LAURENT, ont soutenu que le magistrat ne doit en aucune façon se permettre d'« interpréter » les textes. Mais l'opinion contraire est maintenant beaucoup plus répandue et les théories en faveur sur l'interprétation des lois tendent à laisser, au contraire, la plus grande latitude au juge, ses pouvoirs restant bien entendu limités toutefois à l'espèce concrète qui lui est soumise et sans qu'il puisse résulter de sa décision aucune conséquence nécessaire pour l'avenir. D'ailleurs, en fait, les tribunaux se reconnaissent, dans leurs jugements, la faculté de compléter la loi et quelquefois même de la corriger.

Mais, d'autre part, on constate que les juges, mettant à profit la liberté d'interprétation qu'on leur laisse, sont souvent amenés à proclamer, dans une série de décisions, une règle de droit non écrite. La question — différente de celle que nous venons d'indiquer — se pose alors de savoir si cette règle nouvelle doit s'imposer désormais à l'interprète avec une autorité comparable à celle de la loi, c'est-à-dire si la jurisprudence constitue une source de droit et si, par hasard, cette source ne serait pas, de nos jours, identique à celle qu'on désigne sous le nom de *coutume*. C'est de ce point de vue particulier que nous allons examiner l'opinion de quelques auteurs sur les rapports de la jurisprudence et de la coutume.

§ 1. LA JURISPRUDENCE N'EST QU'UN « PROPULSEUR »

DE LA COUTUME

Telle est l'opinion de M. GÉNY. On conçoit, en effet, que cet auteur se refuse à voir dans la jurisprudence une coutume puisque, d'après lui, toute coutume comporte un élément en quelque sorte matériel, l'usage constant des intéressés, qui fait défaut dans une série de décisions judiciaires. A elles seules ces décisions comme, d'ailleurs, les ouvrages de la doctrine, ne traduisent que l'opinion d'un petit groupe d'hommes, les juges ou les savants, et ne prouvent pas, par conséquent, l'assentiment des intéressés.

D'autre part, les décisions judiciaires ne peuvent, d'après les principes les plus certains actuellement admis, contenir de règles générales qui aient, pour l'interprète, force obligatoire dans l'avenir. L'autorité judiciaire empiéterait par là sur le terrain de l'autorité législative, ce qu'interdit la séparation des pouvoirs. Ce principe, proclamé par les lois de la Révolution et qui s'est traduit, à cette époque, par l'interdiction des « arrêts de règlements », n'a pas été modifié par la loi du 1^{er} avril 1837 qui oblige la Cour d'Appel, saisie d'une affaire après une seconde cassation, à décider dans le sens de la Cour suprême ; en effet, l'injonction de cette dernière reste strictement judiciaire et limitée à l'espèce particulière dont il s'agit.

Assimiler la jurisprudence à la coutume présenterait, en outre, des inconvénients sérieux à raison de l'impossibilité de trouver un critère permettant de reconnaître qu'une jurisprudence est établie et de la phase d'incertitude qui résulterait de cette situation ; à cause également de l'absence de publicité et de l'effet rétroactif qui accompagneraient une coutume constituée uniquement par des décisions judiciaires.

Enfin, puisque l'on cherche des directives pour l'interprète, il paraît difficile de ne donner comme guide au juge que ses propres créations ou celles de ses prédécesseurs et il est peu

vraisemblable qu'on trouve, dans des arrêts anciens, le moyen de satisfaire à des besoins nouveaux.

Toutefois, on est obligé de reconnaître, avec M. GÉNY, qu'une suite constante de décisions uniformes aura, en fait, dans l'esprit de l'interprète, une autorité considérable, qui restera cependant discutable et qui ne pourra, pour cette raison, être comparée à celle de la loi écrite ou de la coutume.

D'autre part, ce bloc d'arrêts rendus dans le même sens aura une influence non moins grande sur les intéressés. Autour d'une jurisprudence solidement fixée, se développeront des usages accompagnés dans l'esprit des individus d'une sorte d'*opinio necessitatis* telle qu'en se stabilisant, ils constitueront peu à peu de véritables coutumes. Ainsi la jurisprudence, sans être elle-même une source de droit et sans pouvoir, à elle seule, constituer une coutume, apparaît comme un « propulseur » de cette coutume, et un propulseur tellement indispensable que l'on risque, si l'on n'y regarde de près, de lui rapporter tout le mérite d'une création dont elle reste, en définitive, l'instrument capital.

C'est cette confusion qui, d'après M. GÉNY, serait faite par les juristes qui voient dans la jurisprudence des tribunaux la seule manifestation de la coutume. Parmi ces derniers, deux auteurs, M. PLANIOL et surtout M. LAMBERT, ont exprimé cette opinion avec une netteté particulière. C'est leur manière de voir que nous allons résumer.

§ 2. LA JURISPRUDENCE A TOUJOURS ÉTÉ

ET EST ACTUELLEMENT A L'ORIGINE DE TOUTE COUTUME

M. PLANIOL, qui le premier a soutenu cette thèse, commence par constater que la plupart des auteurs modernes la repoussent. Cependant, dit-il, toute règle de droit suppose une contrainte, c'est-à-dire une autorité, une volonté supérieure à celle des individus. Or, ceux-ci n'ayant pas d'autorité les uns sur les autres, la contrainte ne peut venir que de la loi ou du juge : « Un usage n'est qu'un simple fait ; il n'a de valeur juridique que

quand il devient un précepte obligatoire ; c'est-à-dire qu'il est pourvu d'une sanction et, quand l'autorité législative fait défaut, cette sanction ne peut lui venir que de l'autorité des tribunaux. En fait, on n'a jamais vu le droit coutumier se constituer autrement. » Et à l'appui, M. PLANIOL montre que, dans notre ancien droit coutumier, la géographie de nos plus vieilles coutumes concorde avec les ressorts judiciaires.

Pour M. LAMBERT également, nous l'avons vu, le sentiment de contrainte qui s'ajoute à l'usage pour en faire une coutume ne peut provenir que des décisions judiciaires. L'élément psychologique de la coutume ne consiste ni dans la volonté de créer le droit, ni dans la perception instinctive de la règle juridique, ni dans l'assentiment des intéressés, mais bien dans la crainte d'une sanction judiciaire que tous les précédents font prévoir. Les usages flottants et divers ne sont ramassés en faisceaux et orientés dans certaines directions déterminées que sous l'influence et dans la crainte du juge. L'histoire de toutes les législations le prouve : les individus qui sont lésés dans leurs intérêts par une règle jurisprudentielle bien établie n'ont pas manqué d'élever contre elle des protestations sérieuses, mais ils ont toujours fini par y conformer leurs actes, parce qu'ils craignent de s'exposer à un insuccès certain en soumettant de nouveau aux tribunaux des prétentions que ceux-ci ont maintes fois condamnées. Ainsi la jurisprudence finit par l'emporter et la pratique extra-judiciaire se plie plus ou moins vite aux directives que lui imprime la pratique judiciaire une fois formée.

Aucune objection d'ordre constitutionnel ne peut être élevée contre cette théorie. A la vérité, le principe de la séparation des pouvoirs se trouve violé, en fait ; car lorsque les tribunaux ont statué longtemps dans le même sens sur une question, ils cessent de la remettre indéfiniment à l'étude ; ainsi ils agissent *en fait*, comme si une règle formelle s'imposait à eux, bien qu'*en droit*, ils aient toujours la faculté de changer d'opinion et de modifier leur décision. Cette manière de faire peut paraître fâcheuse à quelques-uns, mais on ne voit pas comment on pourrait l'empêcher. D'ailleurs, la théorie de l'omnipotence législa-

tive est depuis longtemps discréditée et il n'est pas surprenant de la voir contredite même sur le plan du droit constitutionnel. D'un autre côté, si l'on pense, à l'aide de ce principe, maintenir au législateur le monopole de la réglementation, on se trompe, car ce résultat ne sera pas obtenu du moment qu'on reconnaît l'existence et l'autorité de la coutume et il est aussi difficile de ne pas la reconnaître que de nier un fait, quelle que soit, d'ailleurs, l'idée qu'on se fasse de ses rapports avec la jurisprudence.

Quant aux difficultés qu'on rencontre pour déterminer le contenu d'une pratique judiciaire et pour reconnaître qu'une jurisprudence est établie, elles sont inhérentes à la nature de la coutume, sous quelque forme qu'on se la représente et à quelque époque qu'on l'observe.

Enfin, il ne faut pas croire qu'en identifiant la jurisprudence et la coutume, le juge pourra manquer de directives et sera renvoyé à ses propres créations. Ce serait vrai si l'on admettait l'omnipotence de la jurisprudence. Or, il n'en est pas ainsi et M. LAMBERT considère comme indispensable que le juge s'éclaire de tous côtés et notamment par l'étude des travaux de la doctrine.

A ce propos, il précise qu'on ne peut, comme le fait M. GÉNY, mettre sur le même pied, au point de vue de la formation de la coutume, l'opinion des juges et celle des savants. Tandis que les particuliers sont tenus de s'incliner devant la première à raison de la sanction qui l'accompagne, l'opinion de la doctrine ne les intéresse qu'en l'absence d'une pratique judiciaire fixée et dans la mesure seulement où elle permet de préjuger l'opinion des magistrats chargés de dire le droit.

Pour prouver ce qu'il avance, M. LAMBERT fait ensuite un long exposé historique d'où il ressort que, partout où un droit coutumier est apparu, il ne l'a fait que par l'intermédiaire de devins ou sorciers, pontifes, juges et enfin experts en droit.

Cependant, il est facile de constater — et l'étude que nous ferons plus loin dans la seconde partie nous en fournira des exemples — que des usages considérés comme obligatoires s'établissent et se maintiennent avant toute décision de la

jurisprudence. Faut-il y voir également des coutumes? La théorie qui a été exposée par M. DUGUIT, dans son *Traité de Droit Constitutionnel*, semble l'admettre. Elle mérite donc que nous lui consacrons quelques développements.

§ 3. LA JURISPRUDENCE NE CRÉE PAS LA COUTUME ELLE N'EN EST QU'UN MODE DE CONSTATATION

Nous avons dit que M. DUGUIT sépare en deux classes les règles qui s'imposent à l'activité des hommes : d'une part, les règles générales et impératives qu'il qualifie de normatives et qui expriment les deux sentiments permanents de la justice et de la solidarité sociale tels qu'ils existent à une époque déterminée dans la conscience de la masse des individus ; et, d'autre part, les règles dites constructives, qui ne visent qu'à l'application pratique et spéciale des précédentes. Les premières traduisent des sentiments permanents dans leur existence, mais variables dans leurs manifestations, de sorte que cette mobilité se répercutera dans les règles constructives.

En ce qui concerne les règles coutumières, on peut constater qu'elles appartiennent toujours à cette seconde catégorie. Les premières qui sont apparues sont nées directement de la pratique des intéressés. Ainsi, les individus ont commencé par employer le procédé le plus naturel pour donner une sanction à la norme pénale qui interdit à l'homme de tuer son semblable ; ce fut d'abord la vengeance privée. Puis, lorsque par suite de l'existence d'une différenciation politique, la force de contrainte du groupe fut mise à la disposition d'un chef, c'est ce dernier qui eut la charge d'assurer la sanction reconnue indispensable par les membres de la collectivité. Remarquons, d'ailleurs, que c'est en appliquant cette sanction que le chef se conserve la confiance que les individus du groupe ont mise en lui et qui lui a valu son autorité (1).

Dans le droit privé, les règles constructives fabriquées par les

(1) DUGUIT, *Traité de Droit constitutionnel*, t. I, p. 67.

intéressés tendent à appliquer quelques principes supérieurs comme le respect des engagements et le respect de la propriété. En matière contractuelle, le moyen utilisé a consisté tout d'abord en opérations symboliques qui se gravaient dans la mémoire des intéressés, caractérisaient nettement les engagements pris et tendaient ainsi à concrétiser une norme générale et préexistante. Ces règles, dont les individus exigeaient de leurs co-contractants l'application rigoureuse, s'imposèrent pour la même raison que les règles pénales, au chef ou aux gouvernants.

Le chef, ou son délégué, le juge, se contentèrent, à l'origine, de vérifier que les rites juridiques créés par l'usage avaient bien été suivis. Lorsque, plus tard, le formalisme disparut, c'est la coutume, c'est-à-dire les « conventions communément faites » (1), qui vint suppléer au silence des parties et déterminer l'étendue et la portée des clauses contractuelles. Ainsi, comme le remarque M. DUGUIT, « la coutume s'adresse uniquement aux agents publics chargés d'assurer la réalisation du droit. Elle ne contient aucune injonction adressée aux particuliers mais simplement une règle d'interprétation pour le juge... Elle établit donc uniquement des moyens techniques pour réaliser une norme juridique, celle qui prescrit le respect des conventions. Elle ne crée pas cette norme. Pas plus que précédemment (en droit pénal), elle n'est une source du droit à proprement parler... » (2). Elle n'est qu'un mode de constatation de la règle de droit (3).

Il en est exactement de même pour la jurisprudence des tribunaux. Si l'on considère, en effet, les populations primitives, on constate que, « de très bonne heure, les différends nés entre deux ou plusieurs membres d'un même groupe ont été portés devant les détenteurs de la force dans le groupe ou leurs agents, auxquels on demandait de faire application ou d'assurer l'appli-

(1) DUGUIT. *Op. cit.*, p. 76.

(2) *Ibid.*, p. 76.

(3) *Ibid.*, p. 73.

cation d'une règle considérée comme s'imposant au groupe » (1). Quelle que soit la forme de leur intervention, il apparaît que les juges, saisis à plusieurs reprises de la même question litigieuse, arrivent à la même solution et appliquent naturellement la même règle, pourvu toutefois qu'à la suite de l'examen des faits et des usages, en recherchant les aspirations et les tendances du moment, ils constatent que les besoins de la solidarité sociale et le sentiment de la justice n'aient pas varié. Ainsi les décisions des juges apparaîtront à l'observateur superficiel comme la création d'une norme juridique nouvelle. Il n'en est rien. Les juges ne sont que des interprètes; ils ont mis au jour une règle de droit, il est vrai, mais cette règle est antérieure à leurs décisions, elle s'imposait à eux; elle tire sa force obligatoire, non pas de la formule répétée par le juge, mais des consciences individuelles plus ou moins obscures dans lesquelles elle s'est élaborée (2-3).

M. DUGUIT reconnaît, d'ailleurs, que les décisions des juges ne sont pas sans influence sur les sentiments des individus et qu'elles peuvent hâter ou achever l'élaboration en train de s'accomplir dans la conscience du groupe social. A ce point de vue, les juges peuvent être des inspireurs ou des initiateurs, voire des « propulseurs ». Il ne sont jamais, et ne peuvent jamais être des créateurs. Sous ce rapport, le rôle de la jurisprudence des tribunaux n'est pas différent, du moins dans sa nature, de celui de la doctrine ou de celui de la loi (4).

Ainsi, la théorie que nous venons d'exposer réduit de façon sensible, au profit de la coutume, l'efficacité de ces trois éléments : loi, jurisprudence, doctrine. Leur rôle, sans être négligeable, se trouve singulièrement restreint, et surtout pour la

(1) DUGUIT. *Op. cit.*, p. 82.

(2) *Ibid.*, p. 83.

(3) J. CRUET soutient que la coutume reste invisible avant d'être révélée par les arrêts. Pour lui, également, le rôle capital de la jurisprudence c'est de donner une expression claire aux tendances spontanées de la vie sociale (*La vie du droit et l'impuissance des lois*, p. 171).

(4) DUGUIT. *Op. cit.*, pp. 88-90.

loi que la plupart des auteurs continuent à considérer comme l'autorité la plus élevée s'imposant à l'interprète. Nous retrouverons donc les idées de M. DUGUIT dans le chapitre que nous allons aborder maintenant où nous nous proposons d'étudier la portée respective du droit écrit et du droit coutumier.

CHAPITRE III

Portée respective du droit écrit et du droit coutumier

Qu'il s'agisse de sources ou de manifestations du droit, la plupart des auteurs reconnaissent que la loi et la coutume, la jurisprudence et la doctrine, s'imposent, à des degrés divers, au juge chargé de régler les différends survenus entre les particuliers. Personne ne soutient plus aujourd'hui que la loi doive seule guider le magistrat ; mais le plus grand nombre des auteurs continue cependant à admettre la prédominance du droit écrit sur le droit coutumier. A ce sujet, différentes situations peuvent se rencontrer dans lesquelles le juge est dans la nécessité d'opter pour l'une ou l'autre de ces règles.

En premier lieu, il suffit d'observer la réalité, pour constater que la loi est loin de régler toutes les difficultés qui peuvent se présenter. Or, l'art. 4 de notre Code Civil fait une obligation au juge de les résoudre dans tous les cas. Si la législation écrite présente des lacunes, dont quelques-unes sont fort importantes, il paraît tout indiqué de recourir au droit coutumier pour les combler. Ainsi, une première question se pose de savoir si la coutume peut compléter la loi dans le silence de cette dernière.

On constate, d'autre part, surtout à notre époque, que le domaine de la législation écrite s'étend de plus en plus. Bien souvent, d'ailleurs, la loi ne fait que sanctionner les usages les plus généralement admis et elle se trouve ainsi renforcée de nombreuses dispositions, dites supplétives, qui sont d'origine coutumière. Lorsque le législateur a, de cette façon, fait siennes quelques-unes des règles consacrées par l'usage, il provoque

évidemment de nombreux conflits. En effet, les coutumes sont diverses pour un même pays, tandis que la loi est unique ; aussi faut-il s'attendre à voir des coutumes spéciales, celles des commerçants par exemple, contredire les dispositions incorporées dans la loi pour suppléer à l'expression de la volonté des individus. Il convient donc également de décider si la coutume peut l'emporter sur les dispositions déclaratives de la loi.

On peut, enfin, imaginer des conflits beaucoup plus graves. Des règles formelles édictées par le législateur et dont on reconnaît unanimement le caractère de dispositions d'ordre public, peuvent-elles tomber en désuétude et être abrogées par non-usage ? Est-il admissible que des injonctions ou des prohibitions impératives soient tournées et remplacées par des règles coutumières ? Telle est la dernière question, la plus importante, à laquelle il convient de donner une réponse.

Nous allons examiner les solutions données par les principaux auteurs contemporains à propos des trois difficultés que nous venons de rappeler. Comme, sur la dernière, les avis sont nettement partagés, nous pourrions, grâce à cette divergence d'opinions, classer les juristes qui se sont occupés de déterminer la portée respective du droit écrit et du droit coutumier, en deux grandes catégories, suivant qu'ils considèrent la loi comme prédominante ou, au contraire, la mettent sur le même pied que la coutume.

§ 1. EN PRÉSENCE D'UN TEXTE, LA COUTUME EST SANS VALEUR

Telle est l'opinion qu'on retrouve le plus souvent exprimée par les auteurs français du siècle dernier ; c'est celle que proclame encore, en 1905, M. ESMEIN, dans un rapport présenté à la première commission de révision du Code Civil.

Pour M. ESMEIN, le droit se manifeste de deux façons, par la loi et par la coutume : la loi, c'est la volonté du souverain ; la coutume, c'est la règle de droit établie par un usage constant. Ces deux formes élémentaires du droit ont alterné dans l'histoire. Au début, parut la coutume, puis vint la loi dont l'exis-

tence suppose un Etat organisé et une souveraineté reconnue. Dans l'Etat moderne, elles peuvent coexister : M. ESMEIN reconnaît que certains auteurs accordent même une confiance plus grande à la coutume qu'à la raison du législateur, parce qu'elle est le produit naturel de la vie du peuple. Or, si l'on pousse cette idée jusqu'au bout, on doit considérer la loi et la coutume comme deux facteurs au moins égaux du droit. Et il faut admettre, non seulement que la coutume peut se former *præter legem*, dans les lacunes de la loi, mais qu'elle peut également l'interpréter, y déroger partiellement et même l'abroger.

M. ESMEIN repousse ces conclusions : d'après lui, le rôle de la coutume se réduit à celui qui est indiqué par le Code Civil, dans un certain nombre d'articles où le juge est autorisé à tenir compte des usages qui se traduisent par des clauses de style, même quand elles ne sont pas exprimées (art. 1160), ou bien est renvoyé à des usages locaux sur quelques points de détail bien déterminés. Il paraît à cet auteur impossible d'aller plus loin et même d'admettre la coutume pour des matières traitées dans le Code, mais sur des points non réglés par lui.

En premier lieu, cette manière de faire serait contraire aux principes de la Constitution française qui proclame la prééminence de la loi (Constitution de 1791, art. 5 de la Déclaration des Droits) : si l'on veut soutenir que la coutume exprime directement la volonté de la majorité des citoyens, M. ESMEIN réplique que la Constitution a prévu que cette volonté devait se manifester suivant des formes déterminées.

D'autre part, on perdrait l'unité de la législation civile qui est un des plus grands bienfaits de la Révolution et l'on introduirait, dans une certaine mesure, l'incertitude et l'insécurité en matière de droit.

Les conclusions de M. GÉNY à cet égard sont beaucoup moins catégoriques : non seulement il est partisan de l'observation des usages dans les limites adoptées par la théorie précédente, mais il admet en outre que les coutumes, pourvu qu'elles n'aient pas été expressément supprimées par la législation ou qu'elles lui soient postérieures, dérogent aux lois supplétives ; cette déro-

gation peut même être tacite « si l'usage contraire est invoqué à titre de présomption d'une volonté faisant légitimement échec à la loi » (1).

Quant aux usages qui heurteraient des dispositions impératives, il faut distinguer : suivant cet auteur, lorsqu'il s'agit de coutumes qui sont en désaccord avec la morale universelle ou les bases de notre civilisation, il est hors de doute qu'on ne doive leur reconnaître aucune force obligatoire. Mais il est bon nombre de dispositions « qui établissent une règle jugée nécessaire ou utile par le législateur indépendamment de tout principe fondamental » (2). C'est dans cette catégorie intermédiaire qu'il conviendrait de classer notamment la loi de 1807 sur l'usure. M. GÉNY se demande si l'on doit reconnaître force abrogatoire aux coutumes contraires à de telles règles ; il ne trouve aucune solution dans les textes et il se décide à repousser toute coutume qui, sur un tel point, serait formellement opposée à la loi écrite.

Pour expliquer la manière de voir qu'il adopte, il déclare qu'en principe la loi écrite lui paraît devoir être tenue pour la règle suprême. Sans doute, d'un point de vue pratique, on peut lui opposer que sa théorie n'est pas applicable, parce qu'il est impossible de ranimer une loi hors d'usage ou contredite positivement par les actes des individus. Mais M. GÉNY trouve un moyen de maintenir son opinion et de donner, en même temps, satisfaction à la pratique, en recourant à l'« interprétation ». Grâce à une interprétation habile, la loi « devra perdre son application du moment que les conditions expresses ou tacites dont elle dépendait se trouvent disparues ou changées par le cours des circonstances sociales » (3).

Enfin, tout en maintenant, avec cette dernière réserve, la prédominance de la loi sur la coutume, M. GÉNY fait une exception en faveur des coutumes commerciales. Il estime « qu'en matière de commerce, la loi écrite n'a pas encore tellement pris

(1) GÉNY. *Méthode*, t. I, p. 401.

(2) *Ibid.*, p. 402.

(3) *Ibid.*, p. 410.

le pas sur la coutume que l'on doit, actuellement du moins, considérer sa suprématie comme s'imposant pour des raisons d'ordre politique ou social » (1) et il s'en tient, à cet égard, à l'équivalence des deux sources. De même qu'en recommandant « d'interpréter » la loi, M. GÉNY apporte à la rigueur de ses conclusions une atténuation qui est imposée par l'expérience, de même l'exception qu'il fait au profit du droit commercial est rendue nécessaire par l'observation des faits. On voit, en effet, plus souvent qu'en matière civile, les usages commerciaux déroger à la loi écrite et en soutenant contre eux la prépondérance de cette dernière, l'auteur se serait mis en contradiction trop flagrante avec les faits (2). Tandis que ceux qui cherchent ce qui devrait être peuvent continuer à défendre cette thèse intransigeante, ceux qui regardent *ce qui se passe dans la réalité* sont obligés de faire des réserves plus ou moins importantes. Et c'est incontestablement en faisant prévaloir les constatations expérimentales sur les vues de l'esprit qu'une seconde catégorie d'auteurs a été amenée à admettre, dans tous les cas, l'équivalence de la loi et de la coutume.

§ 2. LA LOI ET LA COUTUME SONT ÉQUIVALENTES

La désuétude était couramment admise dans notre ancien droit. Elle s'accordait avec l'idée qu'on se faisait de la loi et de la coutume. Mais, depuis la Révolution, la loi est considérée comme l'expression de la volonté nationale à qui seule appartient le droit de commander ; on comprend qu'avec une telle conception, il ne soit pas possible d'admettre une autre autorité

(1) GÉNY. *Op. cit.*, t. I, p. 413.

(2) M. PLANIOL soutient, lui aussi, qu'un décret ou une loi ne peuvent être abrogés par désuétude. « L'usage, même plus sensé et plus juste que la loi, est sans force parce qu'il est irrégulier ». Le maintien indéfini des lois n'a pas d'inconvénient, puisque le pouvoir législatif peut, à tout moment, les rapporter : au contraire, l'abrogation par désuétude serait dangereuse parce qu'on ne saurait jamais à quel moment l'inexécution d'une loi est assez prolongée pour la détruire. Cependant, immédiatement après ces considérations théoriques, M. PLANIOL cite toute une série d'exemples dans lesquels la loi a été, *en fait*, abrogée par la coutume.

concurrente. C'est à cette conclusion qu'aboutissent les idées abstraites et *a priori* qu'on se fait de la loi, mais il reste à savoir si ces idées sont vraies, si la réalité correspond bien à cette représentation que nous nous en faisons. C'est encore à l'École historique qu'il faut revenir pour trouver, transformée en système, l'idée que la loi n'est pas devenue soudain la seule expression de la règle de droit, que la coutume n'a pas subitement disparu et cessé de se manifester après avoir été si active et avoir été longtemps seule à exprimer cette règle. Par une réaction bien compréhensible contre les tendances qui étaient en faveur au début du XIX^e siècle, les chefs de cette école en vinrent à soutenir que la coutume devait être placée au rang de la loi et même au-dessus d'elle, car elle était l'expression immédiate de la conscience collective du peuple, tandis que la loi n'en était qu'une expression médiante et par conséquent susceptible de déformation. Le droit coutumier postérieur devait donc l'emporter sur le droit écrit qu'il contredisait ou abrogeait. Telle était la thèse extrême de l'École historique. Elle ne put, d'ailleurs, être maintenue et certains adeptes furent amenés à y apporter quelques tempéraments. Mais, tandis que la plupart des juristes français l'avaient jusqu'ici repoussée entièrement pour s'en tenir au dogme de la prédominance de la loi, commandé par les conceptions politiques, on constate, dans des travaux récents, une tendance à revenir à cette opinion et à mettre sur le même pied le droit coutumier et le droit écrit. C'est en particulier l'opinion de M. DUGUIT, qui sera la seule examinée ici (1).

Pour M. DUGUIT, nous l'avons vu, la règle de droit naît spontanément dans les consciences individuelles et elle s'impose parce qu'elle répond à une nécessité sociale et au sentiment actuel de la justice. On n'imagine pas qu'il existe simultanément une autre règle s'imposant par une volonté extérieure et souveraine : « Dès lors, la loi positive ne peut être conçue que comme un mode d'expression de la règle de droit. Le législateur ne la crée pas ; il la constate et la loi positive ne s'impose que

(1) C'est au même résultat que paraît devoir aboutir la nouvelle école d'interprétation. COLIN et CAPITANT. *Droit Civil*, t. I, pp. 33, 34.

dans la mesure où elle est conforme à cette règle (1). » La coutume et la jurisprudence sont également des modes de constatation du droit objectif, mais ils sont incontestablement moins précis et plus flottants que la loi. C'est donc à celle-ci que l'interprète aura recours en premier lieu. Quand elle n'a rien dit ou qu'elle est obscure, il faut naturellement reconnaître au juge une large liberté d'appréciation et lui permettre de rechercher la norme juridique applicable soit dans la coutume, soit dans les précédents judiciaires. D'ailleurs le juriste ne doit pas voir une règle de droit dans un texte de loi parce que ce texte est la loi. Il conserve ses droits de libre critique et peut toujours vérifier si le texte promulgué exprime bien une norme juridique pré-existante. A supposer qu'il n'en soit pas ainsi, la décision rendue conformément à la loi serait inexécutable parce qu'elle soulèverait l'opposition unanime de tous les intéressés. L'interprète aura donc, dans cette hypothèse, la faculté de chercher ailleurs la base de sa décision ; et quand il est certain, en fait, que c'est la coutume « qui fait apparaître vraiment la norme juridique et que le texte positif est en contradiction manifeste avec elle, alors se pose la question de savoir que doit faire l'agent public ». *Il me semble impossible de nier*, dit M. DUGUIT, *qu'il doit appliquer la norme révélée par la coutume* (2). Et, pour réduire au minimum le danger d'arbitraire que cette manière de faire pourrait provoquer, l'auteur recommande à l'interprète de s'entourer des plus grandes précautions et au législateur d'organiser un fort système de hiérarchie judiciaire.

M. DUGUIT donne ensuite plusieurs exemples qui confirment pleinement sa manière de voir. L'un d'eux choisi, dans le droit privé, se rapporte à la notion de la responsabilité. Pendant longtemps, l'art. 1382 C. Civ. a réglé, à lui seul la question de la responsabilité, en faisant intervenir l'idée de faute, de sorte qu'on n'était obligé de réparer le dommage causé que s'il y avait faute. Au cours du XIX^e siècle, sous l'action de transformations

(1) DUGUIT. *Traité de Droit constitutionnel*, t. I, p. 93.

(2) *Ibid.*, p. 93.

économiques profondes et du développement de la grande industrie, on a senti que la norme traditionnelle n'était plus suffisante, qu'elle devait s'élargir et que la réparation pouvait être due même pour des dommages causés sans faute.

Une norme juridique nouvelle est ainsi née. On ne peut prétendre que c'est la jurisprudence qui l'a créée : *la jurisprudence l'a constatée et en a fait l'application*, rien de plus. Quant à la formule législative ancienne de la responsabilité pour faute, elle n'a point *empêché* la naissance de la responsabilité pour risque. La loi positive elle-même, qui, dans le cas des accidents du travail, a consacré, en 1898, la règle de la responsabilité pour risque, ne lui a point donné sa force juridique parce qu'elle l'avait avant même l'intervention du législateur (1).

Nous pouvons, d'après cet exemple, nous faire une idée de la vie d'une règle de droit depuis son origine jusqu'à sa disparition. Nous la voyons prendre naissance dans les consciences individuelles ; elle se manifeste ensuite par les usages, elle est constatée par la jurisprudence, puis parfois sanctionnée par la loi ; elle disparaît enfin, par désuétude, quand, dans la conscience du plus grand nombre des membres du groupe social, elle se trouve remplacée par une règle différente.

En est-il toujours ainsi et ce phénomène d'évolution est-il général ? Il faudrait, pour pouvoir répondre, fournir à l'appui l'exemple de nombreux cas particuliers. Nous nous proposons de mettre l'un d'eux en lumière et, pour apporter quelques matériaux à l'étude de cette importante question, d'examiner de près comment se sont formées, souvent même à l'encontre de la loi, les règles admises pour le fonctionnement du compte courant. C'est cet examen qui fera l'objet de la seconde partie de notre travail.

(1) DUGUIT. *Op. cit.*, pp. 94, 95.

DEUXIÈME PARTIE

La Coutume en matière de Compte courant

Après avoir exposé les principales théories sur la formation et le rôle de la coutume, il convient de les vérifier, avons-nous dit, sur un exemple. L'exemple choisi a été pris en matière commerciale pour la raison suivante : « Nulle part, dit M. DUGUIT, le caractère constructif et technique de la coutume n'apparaît plus nettement que dans le droit commercial qui, au stade législatif de l'évolution juridique auquel nous sommes actuellement arrivés, est resté le domaine par excellence de la coutume (1). » Si donc on veut prendre sur le fait la formation et l'évolution des règles de droit, c'est en matière commerciale qu'il semble préférable de se placer, là où la coutume est encore le plus vivace. Si, en cette matière, on s'est arrêté au compte courant, c'est qu'il y a là un exemple classique que les auteurs donnent chaque fois qu'il s'agit de mettre en évidence le rôle de la coutume à l'époque actuelle (2).

La loi est à peu près muette sur le compte courant. Le Code Civil n'en dit pas un mot. Le Code de Commerce, dans son article 575, ainsi que la loi sur la Banque de France du 24 germinal an XI, n'en font mention que pour régler des points de détail et des cas particuliers. Quant à la loi du 16 nivôse an VI,

(1) DUGUIT. *Op. cit.*, t. I, p. 77.

(2) M. GÉNY, parlant de la transformation des usages conventionnels en coutumes, dit : « C'est ainsi qu'on peut, je crois, considérer comme de véritables coutumes la plupart des usages de bourse ou ceux relatifs à la pratique du compte courant. » (*Op. cit.*, t. I, p. 341.)

sur le papier monnaie, qui avait un article sur le compte courant, elle était toute de circonstance et est depuis longtemps abrogée.

Malgré le silence du législateur, la réglementation de la question est aujourd'hui très précise et très complète, et c'est à la jurisprudence qu'on en attribue généralement le mérite : « La jurisprudence, dit M. THALLER, par une œuvre patiente, a dégagé les règles du compte courant et un corps de doctrine a fini par sortir de ses décisions. Les usages constituent ici presque l'unique source d'informations (1). » Nous verrons, en effet, que les tribunaux ont joué un rôle capital dans la formation des règles appliquées au compte courant, et nous chercherons à le déterminer exactement. Mais nous aurons aussi à constater que leur action a été peut-être plutôt négative. Leur rôle a consisté principalement à ne pas faire une opposition systématique et irréductible aux tendances de la pratique d'où sont sorties en réalité toutes les règles appliquées aujourd'hui aux comptes courants. Nous étudierons la formation de chacune de ces règles, en nous bornant aux plus importantes, mais en nous plaçant à un point de vue qu'il nous paraît indispensable de préciser en quelques mots.

Il ne s'agit pas ici d'exposer les règles du compte courant comme on le fait dans les manuels d'enseignement ou les traités spéciaux, logiquement déduites de quelques principes *a priori* auxquels, malgré tout, on arrive à les rattacher ; nous procéderons, au contraire, comme si nous voulions entreprendre l'opération inverse, c'est-à-dire partir des différents caractères actuellement reconnus au compte courant pour déterminer les principes qui les expliquent en montrant les modes suivant lesquels ils se sont formés et ont été dégagés : ainsi nous recommencerons le travail qui a été accompli en fait et au moyen duquel on est arrivé à tirer des décisions judiciaires le corps de doctrine dont parle M. THALLER.

Nous ne nous proposons pas davantage, comme certains

(1) THALLER. *Traité élémentaire de Droit commercial*, p. 946.

auteurs l'ont fait autrefois, de ramener le compte courant à un type de contrat nommé et connu, ni de discuter les différentes opinions émises à ce sujet : on considère maintenant le compte courant comme un contrat *sui generis* et toute tentative d'assimilation à une autre catégorie de contrats paraît impossible.

Puisque les tribunaux ont joué un rôle de premier plan dans l'élaboration des règles admises pour le compte courant, notre étude aura quelques traits communs avec les exposés contenus dans les Répertoires de jurisprudence. Cependant elle s'en distinguera, d'abord, en ce que nous nous bornerons aux arrêts rendus sur quelques-unes seulement des difficultés soulevées.

D'autre part, comme nous voulons assister à la formation d'une règle de droit, nous serons amenés à étudier les décisions les plus anciennes sur la question, tandis qu'un répertoire, destiné surtout aux praticiens et aux juges, met principalement en relief les arrêts les plus récents ou les plus catégoriques.

Enfin, nous adopterons, pour la présentation et le groupement des diverses règles dont nous nous occuperons, une disposition en rapport avec le but de notre travail. Si les règles admises en compte courant s'étaient bornées à compléter la loi, il n'y aurait eu aucune difficulté. Mais certaines se sont trouvées contredire des dispositions légales, dont les unes sont purement supplétives et les autres impératives. On conçoit que l'établissement d'une coutume, à l'encontre de ces dernières, n'ait pas été sans difficulté et que la jurisprudence ne l'ait pas admise sans hésitation ou même sans résistance. Nous avons vu, d'ailleurs, que les auteurs condamnent en général cette espèce d'abdication ou ne l'admettent qu'exceptionnellement. Nous séparerons donc, en premier lieu, les règles contraires aux dispositions supplétives de celles qui soulèvent des conflits avec les dispositions impératives.

En ce qui concerne les premières, il semblait particulièrement indiqué de les utiliser dans le cas du compte courant. Alors, en effet, que dans l'assurance sur la vie ou dans l'assurance-incendie par exemple, contrats qui eux aussi se sont surtout déve-

loppés depuis le Code et en dehors de toute disposition législative, le tribunal, saisi d'un litige, a entre les mains une convention écrite très complète, la police, qui règle minutieusement à l'avance un grand nombre des difficultés susceptibles de se présenter, dans le compte courant, au contraire, il n'existe généralement aucune convention ou, s'il y en a une, les clauses en sont si peu nombreuses que la volonté des parties reste, sur bien des points, extrêmement vague. Il était donc normal de recourir à la loi pour y suppléer.

Quant aux dispositions impératives, on ne s'explique pas, à première vue, que les usages puissent les contredire. En effet, ces règles doivent être respectées par tous les individus soumis à l'autorité qui les a édictées et la volonté contraire des parties, même clairement exprimée, ne saurait y déroger. D'ailleurs, une stipulation de cette nature pourrait toujours être éludée par le co-contractant qu'elle gênerait ; il lui suffirait de la porter devant le tribunal pour échapper à toute exécution sur ce point. Dans ces conditions, l'existence d'une telle clause serait très précaire et, sans cesse exposée à la censure des tribunaux, il semble difficile qu'elle puisse se maintenir, se généraliser et se répéter suffisamment pour donner naissance à un usage nettement reconnu et solidement établi.

C'est pourtant ce que nous verrons dans notre matière, en particulier lorsqu'il s'agit du traitement privilégié réciproque que se garantissent les commerçants travaillant en compte courant, et dans la question des intérêts, tant au point de vue de l'usure que de l'anatocisme.

Et d'abord, dans le premier cas : quand des commerçants acceptent de rester en compte courant au lieu de se faire payer comptant, ils se rendent mutuellement service. En échange des facilités qu'ils se donnent ainsi, ils se reconnaissent certaines sûretés et, notamment, le droit à la compensation même au cas de faillite de l'un d'eux. Rien ne serait plus normal si la volonté des parties se trouvait nettement exprimée. Mais ces stipulations ne sont généralement pas explicites : ces sûretés conventionnelles sont tacites, dit-on ; extérieurement, elles ne se pré-

sentent donc pas autrement que si elles étaient conférées par la loi et elles ont toute l'apparence de véritables privilèges.

Bref, la situation avantageuse qui est faite dans certains cas au correspondant en compte courant d'un commerçant failli peut être considérée comme résultant, soit d'une sûreté conventionnelle tacite, soit d'un « privilège », mais qui serait conféré par la coutume, par la pratique courante, au lieu de l'être par la loi écrite, d'un « privilège coutumier » si l'on peut s'exprimer ainsi (1).

Il est difficile d'admettre que cette situation privilégiée puisse résulter d'une convention tacite ; d'ailleurs, les diverses garanties ou sûretés supplémentaires doivent être conférées dans une forme expresse que la loi prescrit et le moins qu'on puisse exiger de cette prétendue convention serait qu'elle fût exprimée.

Mais d'autre part, le privilège, comme son nom l'indique, ne peut être établi que par la loi ; les privilèges sont d'interprétation stricte et n'existent pas sans un texte qui les accorde expressément. Comment concevoir que les usages, la coutume, puissent en conférer ? Ce serait, semble-t-il, commettre une sérieuse infraction à la loi et à une disposition d'ordre public, puisqu'il s'agit de l'ordre de distribution entre les créanciers d'un failli.

On peut néanmoins conserver un doute sur la gravité de cette dernière catégorie de dérogations à la loi, tandis que d'autres pratiques admises en compte courant « heurtent violemment », sans contestation possible, les dispositions impératives du législateur : ainsi le Code Civil défend l'anatocisme sauf dans

(1) M. PLANIOL cite un exemple de privilège créé par la jurisprudence en dehors de la loi, à propos de l'article 1798 du Code Civil : « Lorsque l'entrepreneur devient insolvable, ses ouvriers ne peuvent recourir que dans une certaine limite vis-à-vis du maître pour lequel l'entreprise a été exécutée. On devrait en conclure que les ouvriers exercent l'*action oblique* de l'article 1166. Mais cela ne leur donnerait aucun avantage en cas de faillite de leur patron : ce qu'ils obtiendraient tomberait à la masse et ils seraient obligés de concourir avec les autres créanciers. La jurisprudence a alors admis une *action directe* au profit des ouvriers ; les sommes, au lieu d'être versées à la faillite, iront directement aux ouvriers, ce qui revient à donner à ceux-ci l'équivalent d'un privilège. Cette jurisprudence est aujourd'hui inébranlable : elle a la valeur d'un droit coutumier. » PLANIOL, *Traité de Droit civil*, t. II, pp. 621, 622.

certains cas bien limités ; cependant, les commerçants acceptent de capitaliser les intérêts sans que les conditions requises soient remplies.

Ainsi les prescriptions même formelles du législateur ne sont pas toujours appliquées et la rivalité entre la loi et la coutume se produit aussi bien pour les dispositions supplétives que pour celles qui sont certainement impératives. Notre étude, qui a pour but d'observer cette lutte, se divisera donc naturellement en deux chapitres, suivant que le conflit s'élève avec les premières ou avec les secondes. Quant à l'attribution d'un droit de préférence en cas de faillite, comme elle peut être considérée sous l'un ou l'autre aspect, nous y consacrerons un chapitre intermédiaire.

Sur chaque point particulier que nous étudierons, nous nous efforcerons de présenter d'abord la législation applicable. Nous mettrons en regard les usages tels qu'ils se sont établis, puis nous étudierons chronologiquement les décisions de la jurisprudence sur la question.

CHAPITRE PREMIER

La coutume supplée à l'expression de la volonté des parties

Le principe de l'autonomie de la volonté a été, à plusieurs reprises, proclamé par le C. Civ., en particulier dans les art. 1134 et 1135. Si, malgré cela, le Code édicte de nombreuses dispositions concernant les conditions et les effets des actes juridiques les plus usuels, c'est en des dispositions qui sont simplement supplétives ou interprétatives de la volonté des parties, au moins toutes les fois que ces dispositions ne concernent ni l'ordre public, ni les bonnes mœurs.

C'est ainsi qu'en matière civile ou commerciale, les parties sont libres de faire les conventions qu'il leur plaît. Elles n'ont, à cet effet, qu'à exprimer clairement leur intention et énoncer et préciser les règles auxquelles elles entendent se soumettre.

Cependant, dans la plupart des cas, les actes passés entre les intéressés sont ou informes ou au moins incomplets et si l'accord de volonté est pratiquement réalisé sur les points essentiels, il ne règle ni tous les éléments, ni toutes les modalités et les conséquences de l'opération. Cela se produit encore plus fréquemment en matière commerciale qu'en matière civile, en raison de la rapidité qu'impose la multiplicité des opérations et parce que les parties, au lieu d'être soit représentées, soit au moins conseillées par des spécialistes, comme les notaires, règlent souvent leurs affaires elles-mêmes. Les dispositions supplétives viennent donc à point pour compléter l'expression de la volonté des commerçants et elles devraient même avoir pour effet de forcer cette volonté à s'exprimer dans tous les cas où les parties

désirent se soustraire à la disposition légale, même interprétative.

Le Code, d'ailleurs, fournit un moyen de suppléer aux clauses non exprimées. L'art. 1160 porte, en effet, « qu'on doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoi qu'elles n'y soient pas exprimées ». Si l'on rapproche cette disposition des pratiques qui viennent d'être indiquées, on se rend compte des difficultés qui peuvent se produire. Il n'en surgit naturellement pas quand l'usage s'est établi sur des points non réglés par la loi ni dans les cas où celui-ci est conforme à la disposition légale supplétive.

Mais l'usage est souvent en contradiction avec les dispositions supplétives des textes légaux et nous aurons souvent à en faire la constatation à propos du compte courant. La question se pose alors pour le juge de savoir s'il doit suivre la prescription de l'art. 1160 C. Civ. et interpréter l'usage comme une manifestation de volonté des parties ou, au contraire, écarter l'application de cet article pour appliquer de préférence les dispositions légales.

C'est ainsi que l'opération qui est à la base du compte courant nous fournit un premier exemple de cette difficulté. Ce contrat est né, en effet, principalement de la nécessité d'écarter la compensation légale à l'occasion des diverses opérations figurant au compte. Les négociants se mettent le plus souvent en compte courant sans convention spéciale. On dit qu'ils reportent tacitement la compensation à une date ultérieurement déterminée. Ainsi, le compte courant a son origine dans la renonciation à un droit reconnu aux parties par la loi. On peut toujours, sans doute, renoncer à un droit, si on est capable, mais encore ces renonciations doivent-elles être expresses ; elles ne se présument pas. Est-ce que le simple fait de se mettre en compte courant devra ou non être interprété par le juge comme une manifestation de volonté de la part des parties de renoncer à la compensation en raison de l'usage suivi en la matière sur ce point ?

Le compte courant entraîne aussi la suspension des règles légales, en matière d'imputation. Il oblige, de plus, les corres-

pondants, pour tenir compte de l'ancienneté des remises, à se reconnaître des intérêts pour celles-ci, et cela sans qu'il soit nécessaire de convention préalable à ce sujet, ni de renouveler leur accord sur ce point à chaque remise ou à chaque arrêté de compte.

D'autre part, comme la bonne foi est à la base des relations commerciales, il faut éliminer du compte toutes les remises de valeurs qui ont été protestées et ne peuvent être encaissées. Il est sous-entendu que de telles remises devront disparaître, de manière qu'il n'y reste que des valeurs effectives pouvant entrer dans la balance au moment où s'effectuera la compensation et dont, jusque-là, l'intérêt puisse être à bon droit réclamé.

Qu'il s'agisse donc de compensation, d'imputation, de dettes d'intérêt de plein droit ou de la remise d'effets de commerce, le Code a établi, sur chacun de ces points, une règle de droit commun qui devrait s'appliquer dans le silence des parties. Mais l'usage en matière de compte courant, nous le verrons, en suit une différente ; dans tous les cas, c'est lui qui, sans doute par application de l'art. 1160 C. Civ., finira par l'emporter ; le juge complétera alors la convention des parties par les usages couramment suivis dans la pratique, en la matière. Les dispositions interprétatives résultant de la coutume, si l'on peut ainsi parler, remplaceront celles édictées par la loi.

Ce sont là des conséquences suffisamment importantes pour que le juge ne les applique qu'à des négociants ayant eu l'intention certaine de se placer sous le régime du compte courant. Comme cette intention n'est souvent pas exprimée, il devra, avant tout, la déterminer d'après les circonstances.

Il convient donc, en premier lieu, que nous examinions comment il résoudra cette question préliminaire. Nous étudierons ensuite, dans autant de paragraphes, chacune des difficultés ci-dessus indiquées, provoquées par le conflit des pratiques suivies par l'usage et des règles établies par la loi.

§ 1. QUAND Y A-T'IL COMPTE COURANT ?

A cette question, nous le savons, la loi ne donne pas plus de solution qu'à celles que nous examinerons dans les paragraphes suivants.

D'ailleurs, le compte courant étant moins une abstraction de notre esprit qu'une opération pratique, réelle et complexe, il faut reconnaître que la notion ne pourrait que bien difficilement en être condensée dans la formule concise d'un texte légal. Le juge n'a donc pas d'autre ressource, pour déterminer dans quels cas il y a compte courant, que de recourir à la doctrine et à la jurisprudence, à moins de procéder lui-même à une analyse des faits.

En raison du caractère principalement pratique du compte courant, il ne peut d'ailleurs en exister, comme pour tout phénomène physique ou social, qu'une description plus ou moins abrégée.

C'est ce que se sont bornés à faire, en définitive, les auteurs. L'un d'entre eux le reconnaît expressément ; après avoir critiqué la plupart des définitions données par ses prédécesseurs. M. FEITU (1) reproduit la définition de ce contrat d'après MM. DELAMARRE et LE POITVIN.

« Le compte courant est un contrat par lequel l'un des contractants remet à l'autre contractant ou reçoit de lui de l'argent ou des valeurs non spécialement affectés à un emploi déterminé, mais en toute propriété et même sans obligation d'en tenir l'équivalent à la disposition de celui qui remet, en un mot, à la seule charge par celui qui reçoit d'en créditer le remettant, sauf règlement par compensation, à due concurrence des remises respectives sur la masse entière du crédit et du débit. »

Mais il a soin d'ajouter : « Cette doctrine, qu'on veuille bien le remarquer, n'est pas, à proprement parler, un système Elle n'est que le résultat d'une observation attentive ; *elle n'est que*

(1) FEITU. *Compte-Courant*, p. 76.

l'attestation de la coutume commerciale ; je l'emprunte moins aux honorables auteurs qui l'ont si nettement formulée qu'au commerce lui-même qui l'a vraiment créée. »

Ainsi, chaque auteur ne fait que décrire, à sa manière, les usages suivis en la matière. Il donne une sorte de parère et sa mission est d'autant mieux remplie qu'il atteste plus fidèlement la coutume commerciale.

Si l'on se reporte à ces descriptions qui ont été données du compte courant, on constate une différence profonde entre l'idée qu'on s'en faisait au XVIII^e siècle et la notion qu'on en a aujourd'hui.

Pour les anciens auteurs, le compte courant n'est qu'un procédé de comptabilité. C'est l'opinion de SAVARY dans son *Dictionnaire universel du Commerce* : « Les marchands et négociants, dit-il, qui tiennent leurs livres en partie double, en ont un particulier qu'ils appellent le livre des comptes courants sur lequel ils écrivent les copies de tous les comptes qu'ils dressent (1). »

C'est également l'opinion que soutient MERLIN, le 8 germinal an XI, devant la Cour de Cassation, et qu'il exprime ainsi dans son *Répertoire* : « On appelle compte courant, en termes de commerce, l'état que deux négociants qui sont en relations d'affaires tiennent de leur doit et avoir mutuel, et, en termes de banque, le tableau des lettres de change que les banquiers et négociants tirent les uns sur les autres et des remises qu'ils se font réciproquement (2). »

Ainsi le compte courant a commencé par n'être qu'un tableau de comptabilité, ne différant en rien des autres comptes et sans aucun effet juridique spécial sur les créances ou les dettes qui y sont inscrites. Aujourd'hui, on admet unanimement que c'est un contrat dont les conséquences sont importantes pour les parties puisque, nous le verrons, il peut, dans certains cas, en résulter de véritables privilèges pour elles.

Les auteurs modernes ne manquent pas, à cette occasion, de

(1) SAVARY. *Dictionnaire universel du Commerce*, t. II, p. 559.

(2) MERLIN. *Répertoire*, v. Compte Courant.

critiquer sévèrement l'opinion ancienne que nous venons de rapporter. Ils traitent même avec quelque dédain les jurisconsultes qui n'ont pas su voir les effets juridiques du compte courant. Ces auteurs semblent croire que ces effets ont existé de tout temps et qu'il suffisait de les constater, alors qu'en réalité ils ne sont que le fruit d'une lente élaboration qui a duré pendant plus de la moitié du XIX^e siècle. Le compte courant, primitivement simple classement comptable de remises réciproques, n'a été élevé au rang de contrat qu'à la suite d'une longue évolution. Il n'est devenu producteur d'effets juridiques spéciaux que lorsque les commerçants qui l'utilisaient eurent pris l'habitude de se reconnaître respectivement certaines prérogatives ; lorsque la pratique eut suffisamment répété cette manière de faire pour que, même tacite, elle ne causât, dans sa réalisation, aucune surprise aux intéressés ; après que la jurisprudence, enfin, saisie à plusieurs reprises des difficultés soulevées par cette pratique, en eût dégagé les clauses, qu'elle se fût prononcée sur leur validité et qu'elle eût fini par en admettre les conséquences.

Comme ce n'est pas là l'œuvre d'un homme ni d'un jour, on ne saurait blâmer les anciens jurisconsultes de ne pas l'avoir prévue et on comprend que les modernes, qui ont eu les résultats de cette évolution sous les yeux, n'aient pas la même conception du compte courant que leurs prédécesseurs.

Actuellement, en conséquence d'une pratique déjà longue et de plus en plus répandue, ainsi que de nombreuses décisions judiciaires, on admet sans difficulté, comme on le verra au cours des développements qui suivent, que cette pratique produit un certain nombre d'effets juridiques importants, tels que : indivisibilité des remises et caractère conditionnel de celles-ci. Mais ce qu'il s'agit préalablement de déterminer, c'est le point de savoir quand et à quelles conditions ces effets seront produits.

Les auteurs modernes ne fournissent pas davantage au juge les moyens de déterminer les éléments essentiels constitutifs du compte courant. Si on consulte à ce sujet les différents auteurs qui ont traité de la question au cours du XIX^e siècle, on trouve

sur ce point les opinions les plus variées dont certaines paraissent plus originales qu'exactes.

Dans ces conditions, il ne reste au juge qu'à rechercher, dans les décisions de jurisprudence, le criterium que ne lui ont pas fourni les travaux des auteurs.

A défaut d'éléments caractéristiques, constitutifs du compte courant, on pourrait s'attacher à l'intention présumée ou exprimée des parties.

Nous trouvons la première de ces opinions adoptée par un arrêt de la Cour de Bordeaux du 3 décembre 1827. Pour pouvoir, semble-t-il, appliquer aux parties en cause un des effets du compte courant, pour leur permettre la compensation malgré la faillite de l'une d'elles, la Cour décida qu'elles étaient en compte courant.

« Attendu, dit-elle, que les opérations commerciales que font ensemble deux négociants *établissent entre eux, sauf des conventions contraires, un compte courant général* (1). »

Ainsi, d'après cet arrêt, le point de savoir s'il y a ou non compte courant se déciderait d'après une sorte de présomption, résultant du simple fait que deux commerçants font des affaires ensemble, pourvu qu'ils n'aient pas exprimé une opinion contraire. C'est une solution de la question qui nous occupe, malgré qu'une telle présomption exige une base juridique et, qu'en l'absence de texte, cette base fasse défaut. Elle aurait pu être admise par la jurisprudence comme l'ont été la plupart des effets du compte courant. Mais nous trouvons un arrêt récent, décidant que deux correspondants ne sont pas en compte courant bien qu'ils aient déclaré expressément leur intention à ce sujet.

Dans une espèce soumise à la Cour de Paris, le 2 août 1900, deux agents de change avaient qualifié comptes courants les arrêtés de comptes qu'ils s'adressaient périodiquement. L'un des correspondants tombe en faillite et l'autre se voit menacé, du fait de la novation qui résulte des remises en compte courant,

(1) Bordeaux, 3 décembre 1827. D 30. 2. 173.

de perdre les garanties qu'il tenait de sa qualité. C'est sans doute pour éviter cette conséquence que la Cour de Paris, « appréciant souverainement les faits de la cause et l'intention des parties », déclare que la dénomination de compte courant appliquée par les correspondants à leurs relations ne constitue qu'une « appellation de coutume qui n'a pas imprimé au compte les caractères d'un véritable compte courant ».

Et, à l'appui de sa déclaration, s'efforçant de déterminer les caractères d'après lesquels on doit reconnaître qu'il y a compte courant, même contrairement à la volonté expressément déclarée des parties, la Cour ajoute que pour qu'il y ait compte courant, il faut :

- 1^o Qu'il y ait, en principe, un compte d'intérêts ;
- 2^o Que le compte courant supposant des opérations entre personnes agissant en leur propre nom et pour leur propre compte, il ne peut y avoir compte courant entre agents de change qui ne sont que mandataires ;

3^o Que l'agent de change, pourvu d'un privilège pour le recouvrement de ce qui lui est dû, sur les titres qu'il détient pour le compte de son client, ainsi que d'un droit de rétention, ne peut être réputé avoir renoncé à son privilège par la simple déclaration qu'il opère en compte courant (1).

En note, sous cet arrêt, M. WAHL nie que ces trois conditions soient exigées pour qu'il y ait compte courant et soutient qu'elles ont été admises pour les besoins de la cause. La stipulation d'intérêts, notamment, indiquée en premier lieu par la Cour, n'a jamais passé pour constituer un élément essentiel du compte courant.

Dans ces conditions, en l'absence de tout criterium légal et doctrinal et en présence de ces indications jurisprudentielles contradictoires, dans l'impossibilité où l'on est de s'attacher pour déterminer si et quand il y a compte courant, ni à des éléments intrinsèques constitutifs de cette opération, ni même à la volonté exprimée des parties, on en est réduit à admettre

(1) Paris, 2 août 1900. S. 03. 2. 289 ; Cass., 15 juillet 1903. S. 05. 1. 21

qu'il s'agit là d'une simple question de fait abandonnée à l'appréciation souveraine des tribunaux, à moins qu'en raison du caractère purement coutumier de la matière, il ne faille voir là qu'un point de la question dont la réglementation est en retard sur les autres.

§ 2. PROROGATION DE COMPENSATION

Parmi les effets les plus importants du compte courant, il en est un qu'on doit considérer comme étant à la base de ce contrat : c'est celui qui est relatif à la compensation.

D'après notre législation, art. 1290, C. Civ., la compensation s'opère *de plein droit*, par la seule force de la loi, sans qu'il soit besoin d'une manifestation de volonté de la part des intéressés et même à leur insu, pourvu que les dettes et créances envisagées remplissent certaines conditions précisées par l'art. 1291.

Or, dans le compte courant, toute compensation est différée et les parties renoncent à la compensation légale. On remet à plus tard le règlement de compte, de sorte qu'un auteur a pu définir le compte courant : « Une prorogation conventionnelle de la compensation » ; en attendant ce règlement, on fait, pour chaque correspondant, le total des remises, qu'elles soient exigibles ou non ; tout cela reste en suspens jusqu'à l'époque convenue pour tirer le solde et c'est à ce moment seulement que la compensation jouera, et elle sera conventionnelle.

Il est inutile d'insister sur les avantages d'un tel procédé : simplification des écritures, suppression des mouvements continuels de fonds, économie de temps et d'argent. Ces avantages ne sont, d'ailleurs, pas sans inconvénients : le commerçant, qui pouvait bénéficier de la compensation légale et annuler sa dette par une remise, court un risque sérieux en écartant cette règle et en acceptant que le droit qu'il aliène soit échangé contre un simple crédit. Les difficultés que peut provoquer cette manière de faire, au cas de faillite de l'une des parties, seront étudiées plus loin, au chapitre II. On se borne à signaler ici le cas très simple où les deux commerçants sont *in bonis*.

Dans cette hypothèse, rien n'empêche les correspondants d'écarter, s'ils le désirent, les règles de la compensation légale que l'on ne considère pas comme étant d'ordre public. Cependant, étant donné les termes de la loi, il semblerait indispensable, pour différer l'effet automatique de cette compensation, qu'une convention expresse intervint. Or ici, il n'y a pas de convention et cependant on admet que tout se passe comme s'il y en avait une : les parties se conforment à des pratiques couramment admises et suivies depuis fort longtemps. Ce sont leurs actes et non leurs paroles ou leurs écrits qui traduisent leur volonté et expriment leur intention de se soumettre à l'usage. Or, celui-ci, depuis qu'on utilise le compte courant, admet que les règles légales sur la compensation sont écartées, et la jurisprudence n'a pas manqué de le suivre, puisque, déjà le 6 frimaire an XIII, la Cour de Cassation déclarait « que la disposition de la Coutume de Paris sur les compensations, art. 105, ne peut avoir lieu pour les comptes courants dont le débit et le crédit subissent des variations perpétuelles et ne se fixent qu'au dernier des termes des négociations respectives » (1).

Il est inutile de passer en revue la jurisprudence ultérieure : elle n'a jamais varié ; elle est d'ailleurs peu abondante comme pour toutes les questions dont la solution n'est pas discutée. Au surplus, nous rencontrerons un certain nombre de décisions sur la compensation, entre commerçants *in bonis*, en étudiant, dans le paragraphe suivant, la question de l'imputation des remises. Nous y vérifierons incidemment que les juges n'ont jamais fait aucune difficulté pour admettre que le fait d'être en compte courant suffisait, en dehors de toute convention spéciale, pour différer la compensation et écarter ainsi tacitement les dispositions formelles du Code Civil à ce sujet.

(1) S. tome 5. 2. 668.

§ 3. LES REMISES ET LES RÈGLES SUR L'IMPUTATION DES PAIEMENTS

Dans un compte courant, il ne peut y avoir imputation qu'au moment où il y a compensation. Nous venons de voir que cette opération était retardée ; il en sera par conséquent de même pour l'imputation. Mais il convient alors d'examiner si les usages ou les pratiques suivis seront plus conformes aux règles légales qu'au cas de compensation.

Ces règles sont exprimées par les articles 1253, 1254, 1255 et 1256 du Code Civil. Deux dispositions importantes formulées par ces articles s'appliquent aux comptes courants : l'art. 1254, d'après lequel :

« Le paiement fait sur capital et intérêts, mais qui n'est point intégral, s'impute d'abord sur les intérêts. »

Et l'art. 1256, d'après lequel :

« Lorsque la quittance ne porte aucune imputation, le paiement doit être imputé sur la dette que le débiteur avait, pour lors, le plus d'intérêt d'acquitter entre celles qui sont pareillement échues. »

Remarquons qu'il s'agit bien de dispositions supplétives, puisque l'art. 1253 commence par spécifier que le débiteur de plusieurs dettes a le droit de déclarer, lorsqu'il paie, quelle dette il entend acquitter.

Nous savons déjà qu'actuellement les usages écartent l'application des articles précités aux comptes courants. Il est intéressant de rechercher comment ces questions se sont présentées à la jurisprudence et comment les tribunaux sont arrivés à faire prévaloir ces usages sur les dispositions légales.

Un parère, daté du 13 pluviôse an XI et signé de trente banquiers et négociants, nous fournit un premier témoignage qu'au début du XIX^e siècle, l'imputation ne se faisait pas à chaque remise. Le document certifie, en effet, qu'« un compte courant se compose de toutes les sommes qui doivent être portées au

débit ou au crédit ; que d'après ce, l'on porte au crédit toutes les sommes reçues et toutes les remises, et au débit, toutes les sommes payées et toutes les traites à telle échéance qu'elles soient faites ; que presque tous les comptes courants portent intérêt à un taux qui se règle de gré à gré entre négociants ; qu'à la fin de chaque année, les banquiers et négociants envoient à chacun de leurs correspondants l'extrait du compte courant auquel est joint le calcul des intérêts convenus ; qu'à la fin du compte, il est indiqué le solde du compte courant ; que cela se pratique d'année en année jusqu'à ce que les comptes soient réglés et terminés ».

Nous trouvons une nouvelle attestation de cette manière de faire dans une consultation de PARDESSUS, rapportée avec un arrêt de Cassation du 10 novembre 1818. D'après cet auteur, on distinguait, à cette époque, plusieurs façons de dresser les comptes entre deux personnes :

a) Le compte peut être établi d'un seul jet : on additionne séparément le débit et le crédit ; on fait la soustraction à la fin et il n'y est pas question d'intérêt.

b) Le compte peut être établi par imputation : chaque remise faite par le débiteur est imputée sur ce qu'il doit d'intérêt, puis sur le capital. Si tout l'intérêt ne peut être réglé par une remise, le reliquat se tire en colonne morte pour ne pas produire d'intérêt.

Cette manière de faire est conforme à l'art. 1254, mais elle n'est commode que lorsque la qualité de créancier ou de débiteur est réglée une fois pour toutes, de façon invariable. Elle convient donc aux comptes qu'on peut rencontrer en matière civile ; appliquée, au contraire, à des commerçants en relations d'affaires continuelles, elle aurait abouti à des complications inextricables. C'est ce besoin de simplification qui a conduit à la troisième forme de compte, le compte courant.

c) Le compte courant : PARDESSUS en donne une description complète ; il expose, notamment, « que le compte courant est sujet à une variation perpétuelle ; que les opérations successives

amènent d'un jour à l'autre de nouveaux éléments de crédit et de débit et que cette variation perpétuelle s'oppose à ce que celui qui est en avance sache définitivement ce qui lui est dû en capital et intérêts pour s'en remplir à point nommé ».

Tels sont les usages au début du XIX^e siècle. Ils sont, comme on voit, en contradiction avec les règles du Code. Rien n'empêcherait, à la vérité, le commerçant d'écarter celles-ci pour admettre ceux-là. Il lui suffirait, à cet effet, d'exprimer nettement son intention sur ce point, puisqu'il s'agit de règles interprétatives. Or, il n'en est rien ; comme presque toujours en matière commerciale, les intéressés sont très sobres d'explications sur leurs intentions, de sorte qu'on en est réduit, comme pour la compensation, à dire qu'en raison des pratiques suivies, ils écartent *tacitement* les règles du Code sur l'imputation des paiements. Mais il faut s'attendre alors à ce que les Tribunaux ne l'acceptent pas tous sans difficulté.

Le premier arrêt qui traite de la question de l'imputation est celui du 10 novembre 1818, déjà signalé. Il s'agissait, en l'espèce, de déterminer la nature du compte qui devait régler les rapports des parties en présence. La Cour de Limoges ayant déclaré qu'il s'agissait d'un compte courant, décida qu'il serait réglé *d'un seul jet*, c'est-à-dire qu'on n'y ferait pas d'imputations au fur et à mesure des remises, et la Cour de Cassation se rangea à cette opinion. Ainsi, les prescriptions du Code étaient déjà écartées et si la troisième forme du compte, telle qu'elle était exposée dans la consultation de PARDESSUS, n'était pas admise, c'est qu'il intervenait une question accessoire de capitalisation des intérêts sur laquelle nous reviendrons ultérieurement (1).

Nous lisons également dans les motifs d'un arrêt de la Cour de Bordeaux, daté du 3 décembre 1827, et que nous avons déjà signalé (2), la déclaration suivante qui montre bien la reconnaissance de l'usage par certains tribunaux : « Attendu que les opérations commerciales que font ensemble deux négociants,

(1) Voir ci-dessous, p. 148.

(2) Voir ci-dessus, p. 47.

établissent entre eux, sauf des conventions contraires, un compte courant général ; qu'on ne peut en extraire un ou plusieurs articles pour s'en faire un titre liquide, parce qu'en matière de compte courant, *tous les articles de débit et de crédit se balancent l'un par l'autre et que le solde détermine seul la situation respective des parties.* »

Nous trouvons, en 1837, une nouvelle décision rendue dans le même sens par la Cour de Caen (15 mars 1837). L'espèce était la suivante :

Le reliquat ou balance d'un compte courant dû par deux associés avait été, après la dissolution de la Société, reporté à un nouveau compte continuant avec un des associés seulement. A la fin des opérations, il était apparu une balance égale ou supérieure en faveur du même créancier. Celui-ci demandait le paiement pour une somme égale à la balance fixée lors de la dissolution de la société et il s'adressait, tant à l'associé qui s'était retiré qu'à celui avec lequel le compte avait continué. L'associé qui s'était retiré prétendait, au contraire, que les remises faites en compte courant par l'autre associé depuis la dissolution de la société devaient être imputées sur la dette existant lors de cette dissolution comme étant la plus ancienne, plutôt que sur celles que son ex-associé avait contractées depuis par le même compte courant.

La Cour donna gain de cause au créancier, écartant ainsi, en matière de compte courant, l'application de l'art. 1256 du Code Civil. Cette décision était, comme les précédentes, conforme à un usage solidement établi. Aussi n'est-on pas peu surpris de rencontrer, deux ans plus tard, une décision contraire à celle que nous venons d'indiquer et dans une espèce semblable.

Dans l'affaire soumise à la Chambre des Requêtes, le 3 avril 1839, il ne s'agit plus, comme dans l'espèce jugée par la Cour de Caen, d'une société liquidée, mais d'une communauté dissoute par la mort de la femme. Après le décès de celle-ci, le compte courant commencé pendant la durée du mariage continue entre le mari et un tiers, tandis que la communauté n'a été ni liquidée ni partagée. Lorsque le compte est définitivement

arrêté, le créancier poursuit les ayants-cause de la femme pour leur part contributive dans le montant de la dette commune au moment de la dissolution de la communauté. Or, à ce moment, les remises que le créancier a reçues du mari depuis la dissolution sont égales ou supérieures à la part due par la femme ou ses représentants. Le créancier est débouté de sa demande, bien que, de son côté, il ait fait au mari des remises qui ont maintenu l'intégralité de sa dette.

La Cour déclare que, dans ce cas, les remises faites par le mari doivent être considérées comme des *paiements* et doivent, par suite, être imputées de préférence sur la dette existant au décès de la femme comme étant la plus ancienne et la plus onéreuse, plutôt que sur la dette nouvelle qu'il a contractée au moyen des remises qu'il a reçues de son créancier depuis la dissolution de la communauté.

En se prononçant dans ce sens, la Chambre des Requêtes a paru ne pas tenir compte du fait que les parties se trouvaient en compte courant ; la Cour royale de Rouen qui avait eu, au préalable, à connaître de l'affaire, avait donné la même décision, mais avec des considérants qui, à notre point de vue, sont dignes d'intérêt. Elle déclarait, pour justifier la solution donnée, « *qu'en matière de compensation ou d'imputation, le compte courant n'est point assujéti à des règles particulières ou exceptionnelles, mais qu'il reste soumis à l'application des principes généraux du droit civil...* »

En présence d'une affirmation aussi catégorique et d'opinions aussi nettement contradictoires, on pourrait croire que l'on était, à cette époque, encore loin d'admettre, de façon générale et définitive, la non-application au compte courant des règles du Code sur l'imputation des paiements. Il n'en est rien cependant et c'est ailleurs qu'il faut chercher une explication à la décision exceptionnelle de la Cour de Rouen. A notre avis, celle-ci n'a pris en considération, comme il arrive souvent, que la situation particulière des débiteurs poursuivis et elle n'a consenti à contrevenir aux usages en vigueur qu'en faveur des ayants-cause de la femme décédée. Nous pensons donc que les

arguments de la Cour de Rouen ne furent énoncés que pour les besoins de la cause et que la décision rendue n'était qu'une solution d'équité. Elle reste, d'ailleurs, à peu près isolée et la Cour de Cassation, comme la Cour de Rouen elle-même, se prononcèrent bientôt après en sens opposé.

La doctrine, il est vrai, aida peut-être au mouvement ; c'est, en effet, à cette époque, vers 1840, que fut publiée la première édition du traité de MM. DELAMARRE et LE POITVIN (1), où l'on pouvait lire que, lorsqu'il y a compte courant, « une remise n'acquitte pas l'obligation produite par une autre remise » et que « tant que le compte court, il n'y a ni créance, ni dette, ni débiteur, ni créancier ». Ce fut cette opinion que la Cour de Bordeaux adopta, le 8 avril 1842, en réformant un jugement du tribunal de Bergerac, rendu le 31 août 1841.

L'espèce était la suivante : Deux personnes étant en compte courant, un tiers avait cautionné une dette de l'une de ces personnes envers l'autre. Le montant de cette dette avait été porté au compte. Le tiers, poursuivi par la suite comme caution, répondait que les remises faites en compte courant par le garanti avaient dû être imputées sur la dette cautionnée, comme étant la plus onéreuse, par application du droit commun, et que, par suite, il se trouvait libéré.

Cette argumentation fut acceptée par le Tribunal de Bergerac qui s'inspirait de la décision de la Chambre des Requêtes ci-dessus rapportée. L'affaire vint en appel devant la Cour de Bordeaux et le jugement du tribunal de première instance fut réformé pour les motifs ci-après : « Attendu que les règles sur l'imputation légale des paiements ne reçoivent pas d'application en matière de compte courant, que les articles de débit et de crédit qui en forment les éléments s'assimilent entre eux sans distinction d'origine pour ne constituer qu'une seule convention soumise à la même voie d'exécution de telle sorte que c'est le solde définitif qui résume et fixe la situation des parties entre elles ; qu'on ne peut, dès lors, extraire du compte général

(1) *Traité de Droit commercial*, t. III, pp. 421 et suiv.

un ou plusieurs articles pour y appliquer les remises que le débiteur aurait faites sans spécialité d'affectation. »

Ce sont là, à peu de chose près, les termes que nous retrouvons dans les arrêts ultérieurs et l'on peut dire que le caractère d'indivisibilité du compte courant était ainsi, dès ce moment, nettement dégagé et reconnu par la doctrine comme par la jurisprudence. La question qui se posa devant la Cour de Cassation, le 17 janvier 1849, et qui était analogue à la précédente, fournit à l'avocat général Nicias GAILLARD l'occasion de formuler devant la Cour une remarquable doctrine sur la nature du compte courant et en particulier sur son indivisibilité. Cette doctrine peut se résumer ainsi :

1^o Puisque les remises inscrites en compte courant continuent à porter intérêt, il n'y a pas paiement ; en effet, un paiement éteindrait une dette et supprimerait tout intérêt ; s'il n'y a pas paiement, il ne peut y avoir imputation ;

2^o Le règlement des comptes se fait à des époques convenues à l'avance et on ne peut faire d'imputation ou de compensation à chaque remise sans trahir la volonté des parties ;

3^o D'ailleurs, la compensation ne pourrait avoir lieu qu'entre des créances et des dettes liquides et exigibles ; or, dans le compte courant, tant que l'époque du règlement n'est pas arrivée, il n'y a ni créancier, ni débiteur, il y a seulement débit et crédit.

Ces précisions étaient de nature à faire cesser toute controverse ; à partir de cette époque, l'accord entre l'usage, la jurisprudence et la doctrine est complet ; les règles légales sur l'imputation des paiements sont écartées du compte courant. Le principe étant posé, les tribunaux eurent à en tirer les conséquences dans différents cas particuliers et, notamment, dans l'hypothèse du compte courant garanti.

C'est ainsi que, le 11 décembre 1848, la Cour de Cassation décide qu'une hypothèque garantissant un compte courant subsiste, bien que, par le jeu de ce compte, il y ait eu un moment où le solde, s'il avait été tiré, aurait été en faveur de celui qui,

fournissait la sûreté. On ne peut se servir de cet argument pour soutenir que la garantie a disparu à cette époque. C'est, en effet, le solde définitif du compte qui est garanti. L'effet et la validité de l'hypothèque sont suspendus jusqu'au règlement, car tant que l'époque n'en est pas arrivée, il n'y a ni dette ni débiteur.

La Cour de Rouen, qui, en 1838, était d'avis contraire, rend, en 1849, un arrêt conforme à l'opinion générale. Dans l'affaire qui lui était soumise, une ouverture de crédit en compte courant, qui devait être close le 5 février 1846, avait été tacitement continuée jusqu'en 1847, à la mort du crédité. Elle était garantie par une hypothèque et il s'agissait de savoir si celle-ci devait cesser d'exister à la date du 5 février 1846 ou si elle devait continuer à garantir, jusqu'au décès du crédité, le solde du compte courant à cette époque. La Cour de Rouen se prononce pour cette dernière solution avec les motifs suivants : « Attendu que le compte courant se compose d'un ensemble d'opérations successives qui se tiennent et s'enchaînent de manière *indissoluble* jusqu'à sa clôture ; que les versements et remises qui forment cet ensemble ne sont que des éléments partiels du compte et ne peuvent jamais constituer de paiements dans l'acception légale du mot ; que la qualité de créancier ou de débiteur ne peut, par là même, être fixée qu'autant que le compte est définitivement arrêté, puisque le compte qui court, par la nature même de sa définition, ne présente aucune balance définitive... Attendu que d'après les faits et principes sus-énoncés, il est manifeste qu'à la date du 5 février 1846, il n'y avait ni créancier, ni débiteur... ; par suite, l'hypothèque n'a pu garantir une dette qui n'existait pas, elle est restée attachée au compte, étant d'ailleurs établi qu'ainsi aucun tort ne peut avoir été causé aux autres créanciers. »

On ne saurait analyser avec plus d'exactitude ni de précision les caractères qui devaient être par la suite et qui sont actuellement reconnus au compte courant. Nous relevons, notamment, pour la première fois dans cet arrêt, le terme d'« indissoluble » que nous trouverons bientôt remplacé par celui d'indivisible et

qui constitue l'élément fondamental sur lequel la doctrine fait reposer aujourd'hui une bonne partie de la théorie du compte courant.

Remarquons, d'autre part, avec la Cour qui a soin d'en faire mention, que la décision maintenant l'hypothèque ne causait, dans l'espèce, aucun tort aux tiers. On peut en conclure que si l'application du principe d'indivisibilité avait entraîné un préjudice pour les autres créanciers, la Cour aurait peut-être rendu une décision différente et préférée, comme elle l'avait fait en 1838, abandonner son principe plutôt que de rendre une décision contraire à l'équité.

Parmi les arrêts rendus ultérieurement sur la question, arrêts que l'on trouvera dans le tableau de la jurisprudence reproduit ci-dessous en note (1), les trois suivants seuls méritent d'être retenus et examinés.

La Cour de Paris, le 27 janvier 1859, avait à se prononcer sur la validité d'une saisie opérée par un créancier sur une créance incorporée dans un compte courant. L'arrêt reporte la saisie sur le solde éventuel. « Attendu qu'en matière de compte courant, les engagements sont réciproques et *indivisibles* et que lorsqu'ils ont été légalement formés par un débiteur, l'exécution n'en peut être entravée par le créancier, sauf le droit de celui-ci sur le solde qui pourra revenir à son débiteur. »

Nous trouvons ainsi, prononcé pour la première fois, le terme d'indivisible qui traduit si bien le caractère fondamental du compte courant. Sans doute, la notion en avait été déjà mise en lumière par certains auteurs et plusieurs tribunaux, mais

(1) Arrêts rendus sur la question de l'imputation, dans le sens de la non-application au compte courant des règles du Code sur la matière :

Cass., 10 nov. 1818. S. 19. 1. 423.	Cass., 10 mai 1865. S. 65. 1. 277.
Bordeaux, 3 déc. 1827. D. 30. 2. 173.	Cass., 6 mai 1868. D. 68. 1. 316.
Caen, 15 mars 1837. S. 39. 2. 297.	Lyon, 8 mai 1868. <i>Le Droit</i> , 18 oct. 1868.
Bordeaux, 8 avril 1842. S. 42. 2. 402.	Cass., 29 juill. 1868. S. 69. 1. 36.
Cass., 11 déc. 1848.	Cass., 18 déc. 1871. S. 72. 1. 223.
Cass., 17 janv. 1849. S. 49. 1. 229.	Cass., 12 août 1873. S. 75. 1. 315.
Rouen, 19 janv. 1849. S. 50. 2. 138.	Douai, 18 juil. 1895. D. 98. 2. 395.
Bordeaux, 23 janv. 1851. D. 51. 2. 136.	Douai, 5 mars 1897. D. 97. 2. 220.
Cass., 24 mai 1854. D. 54. 1. 179.	Douai, 28 nov. 1901. D. 05. 2. 457.
Paris, 27 janv. 1855. S. 55. 2. 319.	Cass., 24 juin 1903. D. 03. 1. 472.

En sens contraire : Req. 3 avril 1839. D. 39. 1. 299.

aucun d'eux n'avait trouvé le mot adéquat à l'idée, ce qui, pour un principe, est loin d'être négligeable. La Cour de Paris en tirait immédiatement une conséquence importante pour la sécurité des négociants travaillant en compte courant (1).

Dans un arrêt de Cassation du 18 décembre 1871, nous retrouvons la question de l'ouverture de crédit en compte courant garantie par une hypothèque. L'ouverture de crédit avait été stipulée pour moitié à deux ans et pour l'autre moitié à trois ans. Le crédité ayant fait diverses remises voulut les faire imputer sur la première partie de l'ouverture de crédit de façon à réduire son hypothèque de moitié. Cette prétention fut repoussée par la Cour de Nancy, le 15 décembre 1869, et la décision confirmée en Cassation dans les termes ci-après : « Attendu que l'art. 1256 C. Civ. n'est pas applicable en matière de compte courant. » Dans l'espèce, à l'indivisibilité du compte courant s'ajoutait l'indivisibilité de l'hypothèque pour faire échouer le demandeur.

Si nous prenons, enfin, l'arrêt le plus récent à notre connaissance, rendu sur ce point (Cass. 24 juin 1903), nous y trouvons les motifs suivants : « Attendu que les opérations d'un compte courant se succédant les unes aux autres jusqu'au règlement définitif, forment un tout indivisible qu'il n'est pas permis ni de décomposer, ni de scinder ; que tant que le compte reste ouvert, il n'y a ni créance ni dette, mais seulement des articles de crédit et de débit et que c'est par la balance finale seule que se détermine le solde à la charge de l'un ou de l'autre des contractants. »

Ainsi, par l'effort combiné de la doctrine et de la jurisprudence, mais plus particulièrement sous l'influence de cette dernière, se dégagait l'intention principale des commerçants qui sont en compte courant, à savoir que l'on ne se préoccupera pas de déterminer avant l'époque convenue pour le règlement, qui est créancier ou débiteur, et en second lieu, que toutes les remi-

(1) Elle a l'air de retrouver ainsi une règle qui avait été exprimée par la loi du 24 germinal an XI.

ses, formant un tout indissoluble, concourront à la balance finale.

A l'occasion des différentes espèces qui leur étaient soumises, les tribunaux tiraient de ce principe un certain nombre de conséquences qui n'étaient vraisemblablement pas toutes entrées dans les prévisions des parties, mais qui étaient les conséquences logiques de ce principe :

Qu'une remise particulière ne peut être isolée du reste du compte, soit que l'une des parties en poursuive spécialement le paiement, soit qu'elle tente de la saisir, soit qu'elle veuille faire imputer un versement qu'elle fait sur une avance qu'elle a reçue antérieurement ;

Que, d'autre part, une sûreté quelconque, garantissant le solde du compte, ne peut être appliquée à l'un ou l'autre de ses éléments, ni même à l'une de ses parties.

Toutes ces conséquences et quelques autres que nous rencontrerons ultérieurement, comme la validité des remises en période suspecte ou la possibilité de compenser au cas de faillite, se déduisent logiquement du caractère d'indivisibilité reconnu au compte courant. Partant de là, la théorie peut alors en être présentée sous une forme scientifique qui satisfait l'esprit et soulage la mémoire.

Nous voyons, d'autre part, la doctrine et la jurisprudence venir en aide à l'usage pour donner, sur des questions de détail et des difficultés peu fréquentes, des solutions en harmonie avec l'ensemble des règles déjà admises pour le fonctionnement des comptes courants.

Ce faisant, elles ne se sont pas contentées, suivant leur habitude et comme nous aurons l'occasion de le constater souvent, de suivre, d'adopter et de sanctionner les usages. Elles ont fait œuvre plus proprement créatrice. Mais elles n'ont pu le faire que dans la limite où l'usage le leur a permis, et en tenant compte des besoins auxquels satisfaisait la pratique du compte courant. Si, en effet, pour une raison quelconque, leurs conclusions logiques s'étaient heurtées à un usage solidement établi,

elles auraient été bien précaires, et il n'est pas aventuré de prévoir qu'elles n'auraient pu être maintenues longtemps.

§ 4. LES INTÉRÊTS COURENT DE PLEIN DROIT

Le Code Civil distingue trois catégories d'intérêts :

1^o Les intérêts conventionnels, qui sont dus en vertu de l'accord des parties ;

2^o Les intérêts moratoires, dus pour retard dans l'exécution d'une obligation après mise en demeure ;

3^o Les intérêts légaux qui courent de plein droit en vertu d'une disposition formelle de la loi.

Les intérêts en compte courant devraient rentrer dans la première catégorie, c'est-à-dire qu'ils ne devraient se produire qu'après un accord intervenu entre les deux parties qui en fixerait le taux et le point de départ ; l'art. 1907 est, en effet, ainsi conçu : « L'intérêt est légal ou conventionnel. L'intérêt légal est fixé par la loi. L'intérêt conventionnel peut excéder celui de la loi toutes les fois que la loi ne le prohibe pas. Le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit. »

Mais, comme nous l'avons déjà remarqué à d'autres points de vue, il n'y a souvent pas entre deux commerçants, qui sont en compte courant, d'autre convention que celle de se conformer aux usages communément reçus dans la matière.

Quels sont donc ces usages en matière d'intérêts ? Dès le début du XIX^e siècle, nous vérifions dans le parère du 13 pluviose an XI, déjà cité (1), que presque tous les comptes courants portent intérêt à un taux qui se règle de gré à gré entre négociants. Cette attestation paraît même bien timide et tous les intéressés semblent avoir toujours accepté que les intérêts courent de plein droit sur les remises en compte courant.

Il est facile de justifier une telle pratique en dehors de toute convention. Si, comme nous l'avons vu, une remise n'éteint pas une dette, il faut du moins qu'elle entraîne quelque avantage

(1) Voir ci-dessus, page 51.

pour le remettant et que le bénéficiaire, s'il profite de la valeur remise, paie à son correspondant le service qui lui est ainsi rendu. Et il n'est point besoin de convention à cet égard, car l'opération est conforme au but poursuivi par le commerce, la réalisation de bénéfices. D'une manière générale, le commerçant doit utiliser toutes ses ressources, faire fructifier toutes les valeurs dont il dispose, ne pas laisser un seul instant ses capitaux improductifs. En particulier dans le compte courant, lorsqu'il fait une remise dont la valeur n'apparaîtra qu'au moment du règlement du solde, il n'est pas possible de supposer qu'il ait voulu mettre gratis ses fonds à la disposition de son correspondant. S'il les a abandonnés, c'est qu'il espère en tirer de cette façon au moins le profit d'un placement d'argent : « Il y a présomption légale, dit un auteur (1), que les capitaux ne demeurent jamais improductifs entre les mains d'un négociant » et nous serions complètement d'accord si l'on ne nous parlait pas de présomption légale, dans une matière où la loi est muette.

Bien plus, cet usage est en contradiction avec la loi. Comment, une fois de plus, les tribunaux vont-ils se comporter devant cette difficulté? Refuseront-ils d'allouer des intérêts au demandeur qui ne justifiera pas d'une convention ou admettront-ils une nouvelle infraction à la loi en acceptant que les remises produisent des intérêts de plein droit? La question ne semble pas les avoir embarrassés, du moins en ce qui concerne les intérêts *sur les articles* du compte, où la jurisprudence est unanime. Dès qu'on rencontre les premiers arrêts sur la question (voir la liste en note ci-dessous) (2), l'arrêt de la Cour de Bordeaux du 4 juillet 1832, notamment, porte « les dispositions du droit civil quant aux intérêts ne sont point applicables en matière de commerce. Il est d'un usage constant reconnu par la jurispru-

(1) *Encyclopédie du Droit*.

(2) Décisions en faveur de l'intérêt de plein droit sur les articles :

Bordeaux, 4 juil. 1832. S. 33. 2. 35.
Cass., 6 nov. 1832. D. 33. 1. 41.
Bordeaux, 9 août 1840. J. P. 1840. 725.
Orléans, 22 août 1840. S. 40. 2. 433.
Cass., 11 janvier 1841. S. 41. 1. 636.
Lyon, 23 juil. 1852. D. 54. 2. 101.

Cass., 8 mars 1853. D. 54. 1. 336.
Cass., 24 mai 1854. S. 55. 1. 737.
Lyon, 20 nov. 1857. S. 58. 2. 699.
Cass., 12 juin 1876. S. 76. 1. 374.
Cass., 18 nov. 1896. S. 97. 1. 351.
Cass., 16 déc. 1918.

dence qu'entre négociants, qui sont en compte courant pour affaires de commerce, les intérêts sont réciproquement dus et exigés ».

Les règles du Code Civil au sujet des intérêts sont écartées en matière commerciale. Tel est le point qui ressort de ce premier arrêt. C'est encore sur le fait plus général qu'on est en matière commerciale, et non pas le fait que les parties sont en compte courant, qui semble peser sur la décision de la Cour de Cassation dans son arrêt du 6 novembre 1832 ; elle décide que « la créance provenant d'une lettre de change protestée ne cesse pas d'avoir pour principe une opération commerciale et produit en conséquence des intérêts même antérieurement à la demande, alors d'ailleurs qu'elle était entrée en compte courant » :

Dans l'arrêt de la Cour de Bordeaux du 9 août 1840, nous voyons, au contraire, préciser « que les sommes portées en compte courant au débit et au crédit produisent respectivement intérêt du jour de leur date ».

L'arrêt ne dit pas s'il y avait eu, entre les parties, une convention au sujet de l'intérêt ; c'était peu vraisemblable, mais un peu plus tard, la Cour de Paris, dans un arrêt sous Req. 11 janvier 1841, décide que, dans l'affaire qui lui est soumise, les parties étaient en compte courant et, par suite, que leurs avances réciproques avaient produit des intérêts de *plein droit* du jour des avances, par conséquent sans qu'aucune convention n'ait été nécessaire.

La Chambre des Requêtes repousse le pourvoi dirigé contre cette décision ; elle constate que, d'après la Cour de Paris, les parties étaient en compte courant : « d'où suit que l'arrêt attaqué a pu, conformément à la loi et aux usages du commerce, accorder les intérêts des avances à celles des parties qui les avait faites ».

Deux nouveaux arrêts de la Cour de Cassation confirment cette jurisprudence désormais bien établie. Le 8 mars 1853, elle décide que « les traites qui après avoir figuré dans un compte courant, au débit de celui à qui elles sont fournies, sont ensuite inscrites à son crédit faute de paiement à l'échéance, produisent

des intérêts de plein droit à compter de ce jour et non pas seulement à partir du jour du protêt ». Et elle ajoute : « Ici ne s'appliquent pas les articles 184 et 185 C. Com. »

L'art. 184 dit que « l'intérêt du principal de la lettre de change protestée faute de paiement est dû à compter du jour du protêt ». On voit que son application ici aurait été contraire à l'équité. On ne pouvait, en effet, laisser le remettant d'une traite ultérieurement protestée bénéficier de l'intérêt entre le jour de l'échéance et celui du protêt. L'écriture comptable à laquelle donne lieu cette opération est une contrepassation qui revient à annuler l'écriture primitive. Il était tout naturel de faire disparaître les intérêts, en même temps que le principal, et la décision s'imposait. Elle était cependant contraire à la lettre du texte. Délibérément, la Cour a jugé que dans un cas où la disposition de la loi n'avait certainement pas prévu l'application particulière qui lui était soumise, il convenait de n'en pas tenir compte.

Toujours sur le même point, le 24 mai 1854, la Cour de Cassation décide que « les sommes dues en compte courant ne portent point intérêts du jour de la demande ; ils sont dus de plein droit par celle des parties au débit de laquelle elles figurent du jour même des avances constatées ». Cette décision est en contradiction formelle avec le texte de 1153 qui ne fait courir les intérêts que du jour de la sommation. A partir de la date de cet arrêt, la jurisprudence est fixée et les arrêts ultérieurs nous apporteraient peu d'enseignement nouveau, si une mention spéciale ne devait toutefois être faite d'un arrêt de la Cour de Lyon du 20 novembre 1857.

Nous venons de voir, dans les différents arrêts cités, la jurisprudence proclamer avec une netteté et une précision de plus en plus grandes que les intérêts couraient de plein droit sur les remises en compte courant. Les auteurs (1) cependant, après avoir admis cette solution, s'évertuaient à trouver une justification de texte ; les uns soutenaient que les intérêts couraient

(1) MASSÉ, DELAMARRE et LEPOITVIN, ALAUZET, etc.

de plein droit en compte courant parce qu'il y avait mandat réciproque et que la règle suivie n'était par conséquent qu'une application de l'art. 1001 C. Civ. ; d'autres qu'il y avait dépôt irrégulier et qu'aux termes de l'art. 1936 C. Civ., le dépositaire était comptable des fruits.

L'écho de ces discussions se trouve dans l'arrêt ci-dessus indiqué qui confirme un jugement du Tribunal de Commerce de Lyon en adoptant les mêmes motifs. « Attendu, y lisons-nous, que les intérêts courent de plein droit, soit parce que le compte courant tient du mandat et que, dans ce cas, il y a lieu d'appliquer l'art. 2001, C. Nap., soit parce que le cours des intérêts de plein droit est justifié en ce que l'opération résultant du compte courant tient du prêt pour lequel, en matière commerciale, la mise en demeure n'est pas nécessaire. »

Il est curieux de voir les magistrats, pris tout à coup de scrupule, chercher dans le Code, avec l'aide des auteurs, une justification *a posteriori* d'une décision, rendue, comme l'indiquait en 1841 la Chambre des Requêtes, « conformément aux usages du commerce ». Nous sommes à l'époque où l'école des interprètes du Code Civil croyaient trouver dans les textes légaux, au besoin en les torturant, des solutions à tous les problèmes susceptibles de se poser. Aujourd'hui, on ne cherche plus, dans d'autres articles du Code, l'origine et la justification des dérogations apportées par la jurisprudence aux dispositions légales. On les fait reposer ouvertement sur les usages du commerce, et même les décisions de Cours d'Appels qui font l'objet d'un pourvoi parce qu'elles n'ont pas indiqué d'autres motifs, sont maintenues par la Cour de Cassation.

C'est ce qui résulte, notamment, d'un arrêt de Cassation du 18 novembre 1896 dans lequel la dérogation à la loi par l'usage est nettement affirmée, sans qu'on puisse faire état de la loi du 13 juin 1866 qui vise exclusivement, dans le tableau qui lui est annexé, des pratiques commerciales, relatives aux tares, aux poids, à l'emballage, aux tolérances, etc., mais non à des conventions comme celles relatives à l'intérêt qui fait l'objet de l'arrêt ci-après : « Attendu qu'en conformité des usages du com-

merce et par dérogation à l'art. 1153 C. Civ., il est de principe que toute somme entrée dans un compte courant entre marchand et banquier est de plein droit productive d'intérêts. » La Cour d'Appel pouvait, en conséquence, allouer les intérêts du jour de la demande et cela sans avoir besoin de motiver la décision.

Un des derniers arrêts rendus sur la question s'exprime dans des termes aussi formels bien qu'il rattache, sans qu'on s'explique pourquoi, la question des intérêts, qui nous occupe actuellement, à celle de l'indivisibilité. Il s'agissait dans l'espèce, réglée par l'arrêt de Cassation du 16 décembre 1918, d'un règlement de compte dans lequel un article avait été oublié ; le Tribunal, après l'avoir fait remettre, avait ordonné que les intérêts seraient dus du jour où cet article aurait dû entrer dans le compte. Ils s'appuyaient pour cela sur ce que les parties étaient en compte courant et la Cour, sur le pourvoi, s'exprima ainsi :

« Attendu que des circonstances de faits souverainement constatées, l'arrêt attaqué a déduit à bon droit que le compte existant entre les parties était un compte courant ; attendu que les opérations d'un compte courant... se succèdent les unes aux autres jusqu'au règlement définitif et forment un tout indivisible qu'il n'est pas permis de décomposer ni de scinder, que tant que le compte reste ouvert, il n'y a ni créance, ni dette, mais seulement des articles de débit et de crédit ;

... Que toute somme entrée dans le compte courant produit dès ce moment des intérêts à raison de l'indivisibilité du compte et des usages du commerce ;

... Que ces principes s'appliquent en cas de redressement du compte, l'effet déclaratif des jugements permettant de considérer les créances ainsi rétablies comme ayant existé du jour où elles auraient dû être portées en compte. »

Des différentes décisions de jurisprudence que nous avons rapportées, il ressort donc que la question de savoir si les intérêts couraient de plein droit sur les articles d'un compte cou-

rant, n'a jamais été mise en doute par les tribunaux. Il n'en a pas été de même pour une question similaire que nous allons examiner à son tour, celle de savoir si, lorsqu'un compte courant est arrêté et qu'on en a tiré le solde, celui-ci doit porter intérêt de plein droit. Il faut remarquer que la question soulevée n'est plus une question relative au contrat de compte courant puisque ce contrat, après l'époque du règlement, a pris fin. Néanmoins, les auteurs la confondent généralement avec celle que nous venons d'examiner et c'est pourquoi nous en parlerons ici.

Les décisions sur la question sont apparues plus tôt que dans le cas de l'intérêt sur les articles, et la jurisprudence s'est trouvée, dès le début, assez partagée. Cependant, les trois derniers arrêts sont favorables à la production d'intérêts de plein droit et il semble bien que la jurisprudence soit orientée définitivement dans ce sens. Nous donnons en note, ci-dessous (1), le tableau des décisions rendues sur la question.

Dès l'arrêt de la Cour de Paris du 24 juin 1812, nous apprenons que l'usage dans ce sens était constant et c'est cet usage que la Cour invoquait pour décider que le solde d'un compte était productif d'intérêts comme la créance originale.

Peu de temps après, nous trouvons une réaction marquée contre cette manière de voir. Un banquier créancier du solde d'un compte prétendait que l'intérêt courait de plein droit sur ce solde *parce que l'usage tenait lieu de loi à cet égard* et, qu'en pareil cas, des intérêts étaient exigibles sans qu'il y eût besoin de stipulation expresse. La Cour de Bruxelles repousse cette prétention en soutenant que les sommes dues par compte courant n'emportent pas intérêt, quel que soit l'usage, s'il n'y a convention des parties.

(1) Décisions favorables et défavorables à la production d'intérêts de plein droit sur le solde :

Décisions favorables	Décisions défavorables
Paris, 24 juin 1812. S. 12. 2. 403.	Bruxelles, 13 janv. 1813. S. 16. 2. 80.
Cass., 17 mars 1824. S. 25. 1. 147.	Paris, 23 juil. 1827 (Horson).
Cass., 21 janv. 1886. S. 88. 1. 461.	Cass., 11 juil. 1865 (Aff. Mirès).
Paris, 30 juil. 1888. s/Cass. 8 juil. 1891.	
Cass., 29 janv. 1901. D. 01. 1. 302.	

Du point de vue logique et de la lettre de la loi, cette décision était inattaquable. La jurisprudence allait-elle suivre dorénavant la Cour de Bruxelles dont l'arrêt n'encourait sans doute aucun reproche, mais qui repoussait l'usage pour appliquer rigoureusement la loi? En ne reconnaissant pas cet usage constant, allait-elle obliger les parties à faire une convention, toujours sous-entendue dans la pratique antérieure, dont l'effet était admis par tous les commerçants, aussi bien par ceux qui en bénéficiaient que par ceux qui en supportaient la charge?

Non, la jurisprudence ne devait pas résister à l'usage; le 17 mai 1824, la Cour de Cassation décidait que « les créances provenant d'opérations réglées par compte courant sont productives d'intérêt d'après l'usage constant du commerce ».

Des deux arrêts ultérieurs que nous indiquons en note, comme rendus en sens opposé, l'un ne vient pas contredire, à proprement parler, ce que nous avançons. En effet, dans l'arrêt de la Cour de Paris du 23 juillet 1827, cité par HORSON dans ses *Questions sur le Code de Commerce*, le solde du compte avait été tenu à la disposition du créancier, de sorte que le débiteur, ne pouvant l'utiliser, il était impossible de l'obliger à servir un intérêt au créancier négligent.

Dans l'autre arrêt (Cass. 11 juillet 1865), rendu au sujet de la célèbre affaire Mirès, nous sommes en présence d'une véritable anomalie et la Cour suprême y déclare qu'« après clôture du compte, les seuls intérêts dus au créancier sont ceux du reliquat du compte rectifié, courant à partir de la demande de ce reliquat en justice ».

Comment expliquer ce revirement? Nous ne voyons pas d'autre explication que le fait que l'arrêt cité a été rendu par la Chambre criminelle qui, habituée à rendre des décisions strictement basées sur des textes, était sans aucun doute moins préparée à admettre des dérogations aux dispositions légales uniquement basées sur un usage, si répandu soit-il.

Au contraire, les trois dernières décisions, que nous citons dans le sens de la production des intérêts de plein droit, sont formelles à cet égard. Dans l'arrêt rendu par la Cour de Cassa-

tion, le 11 janvier 1886, confirmant un arrêt de la Cour de Paris, il est admis qu'après le décès de l'une des parties, qui sont en compte courant, le solde tiré à cette date produit des intérêts de plein droit, « attendu, dit la Cour suprême, qu'il est de principe conforme aux usages du commerce que le solde clos d'un compte courant est de plein droit productif d'intérêts ». Et c'est exactement dans les mêmes termes que s'expriment la Cour de Paris, le 30 juillet 1888, et la Chambre des Requêtes, le 29 janvier 1901.

Ainsi, qu'il s'agisse d'un article particulier ou du solde du compte, la décision est la même : les intérêts courent de plein droit, soit du jour où l'article est entré dans le compte, soit du jour où le solde a été tiré. L'usage s'est imposé à la jurisprudence et, renforcé maintenant par l'appui des tribunaux, il continue à s'imposer chaque jour à ceux qui se mettent en compte courant. Quant à la loi, sa présomption se trouve intervertie : c'est alors qu'ils désireraient écarter les intérêts du compte courant que des négociants devraient passer une convention formelle. Voilà une façon d'appliquer l'art. 1907 C. Civ. ou une conséquence de l'art. 2001 que le législateur n'avait certes pas prévue, ou mieux, voilà une disposition coutumière relative à la matière des intérêts, en contradiction avec la disposition légale, aussi solidement établie que cette dernière.

Elle ne risque de heurter aucune des habitudes des intéressés sur la question, puisqu'en définitive ce sont eux qui, par une lente élaboration, l'ont créée. Elle est aussi précise qu'un texte de loi, bien qu'elle ne résulte pas d'une formule unique, mais d'une série d'attendus et de décisions judiciaires qui l'ont reconnue et précisée peu à peu. Elle a même sur la loi l'avantage d'être plus souple, puisque, chaque fois qu'il sera besoin, les modifications et améliorations nécessaires pourront y être apportées sans que le législateur ait à intervenir.

§ 5. LE CARACTÈRE CONDITIONNEL DE CERTAINES REMISES

Nous étudions, dans ce paragraphe, une nouvelle manifestation tacite de la volonté des parties, à savoir leur intention de ne donner aux remises en compte courant, faites sous la forme d'effets de commerce, billets ou lettres de change, qu'un caractère conditionnel. Pour que le compte courant réponde aux besoins de ceux qui l'emploient, pour qu'on puisse, à un instant quelconque, en tirer le solde, il faut évidemment en écarter les remises qui, au moment de l'échéance, donnent lieu à litige ou à protêt et dont on ne sait si, en définitive, elles seront réglées. Un crédit donné au moment de l'endossement ne peut être maintenu que s'il y a paiement effectif à l'échéance. Si cette condition ne se réalise pas, l'endossement devra être annulé, l'écriture sera effacée, autrement dit contrepassée, et les effets protestés seront retournés à l'endosseur. Telle est l'intention exprimée ou présumée des commerçants. Nous ne nous occupons, d'ailleurs, toujours que du cas où ceux-ci sont *in bonis*, réservant pour plus tard l'examen du cas où l'un ou l'autre serait tombé en faillite.

Si l'on cherche maintenant, dans la loi, les conditions que les négociants devront remplir pour réaliser cette opération, nous lisons à l'art. 136 C. Com. que « la propriété d'une lettre de change se transmet par la voie de l'endossement », c'est-à-dire qu'aux termes de la loi, un endossement pur et simple transporte définitivement la propriété et que ce transfert ne peut être soumis à une condition suspensive ou résolutoire que si elle est formellement exprimée.

Telle est, en effet, la règle qu'il conviendrait d'appliquer à un endossement quelconque et dans le silence des parties; quand il n'y a pas compte courant, l'annulation de l'endossement, en opposition avec l'art. 136, n'est pas admise (1). Mais nous sommes ici dans une situation spéciale. Il n'y a évidemment aucune difficulté quand les parties en compte courant ont

(1) Cass., 21 févr. 1870. D. 71. 1. 100.

exprimé l'intention de ne faire leur remise que sous condition (1) ou quand elles ont, au contraire, déclaré les faire purement et simplement ; c'est leur volonté, formant la loi des parties, dont il faut tenir compte. Mais, comme dans l'immense majorité des cas elles n'ont rien dit, que faudra-t-il décider ? L'art. 1160 C. Civ. répond qu'il faut se conformer à l'usage. Or, l'usage s'est établi dans le sens indiqué plus haut, de façon à donner satisfaction aux besoins des intéressés : si on veut le respecter, on se heurte à l'art. 136 C. Com. Voyons comment les tribunaux se sont comportés en présence de cette contradiction des textes.

Nous pourrions, en prenant chacune des nombreuses décisions rendues sur la matière, vérifier que la jurisprudence a, depuis fort longtemps, reconnu les usages et a toujours admis que le crédit donné avant l'encaissement était conditionnel. En particulier, dans un des premiers procès mentionnés dans les recueils, le Tribunal de Commerce de Rouen, disait, le 26 mai 1820 : « Le crédit est seulement conditionnel jusqu'au paiement des effets à échoir qui ne sont, *suivant l'usage du commerce*, portés en écriture que pour le bon ordre et sauf encaissement. » La Cour de Rouen ajoutait, à propos de la même affaire, le 16 novembre 1820 : « La balance d'un compte courant ne peut servir de base (d'appréciation) que lorsque le créancier a fait des remises effectives et réelles, et nullement lorsque ces remises sont fictives et en effets postérieurement protestés, n'ayant par conséquent aucune valeur. »

Dès cette époque, la doctrine est d'accord sur ce point. Sur la question, M. PARDESSUS (2) s'exprime ainsi : « L'endossement des effets envoyés en compte courant en transfère sans doute la propriété à celui qui les reçoit lorsqu'il est causé « valeur en compte ». Mais cette entrée d'un effet dans un compte courant ne peut créer irrévocablement un article de crédit pour celui qui l'a cédé de cette manière, qu'en cas de paiement à

(1) Cass., 4 juil. 1843. S. 43. I. 570.

(2) PARDESSUS. *Traité de Droit commercial*, t. II, n° 476.

l'échéance ; il ne peut, jusque-là, être crédité que conditionnellement ; car si l'effet n'est pas payé, cet article disparaît et même celui qui l'a reçu devient créancier des frais de protêt, diligences, poursuites et autres droits légitimes qui ont été l'effet du défaut de paiement et qui forment au contraire un article de crédit en sa faveur. »

D'après MM. DELAMARRE et LE POITVIN (1), il est de la nature du compte courant qu'il ne soit donné aucun crédit des remises en papier que sauf encaissement et, pour cela, il faut une stipulation. Mais celle-ci n'est pratiquement pas possible ; elle ressemble, à ce point de vue, aux formalités imposées pour conserver le privilège des entrepreneurs. Elle est généralement considérée comme étant de droit, mais elle n'est pas usitée parce qu'elle est blessante pour la susceptibilité des commerçants. Si quelques tribunaux paraissent vouloir l'exiger (Dijon, 29 avril 1847), la jurisprudence est en général plus accommodante. La Chambre des Requêtes, le 16 mars 1858, admet la contrepassation, sans qu'il soit question de convention, « les parties ayant eu l'intention clairement manifestée par les actes de se placer dans les règles et les conditions du compte courant telles que, *selon les usages du commerce*, il s'établit entre les banquiers et les commerçants ».

La Cour s'exprima plus formellement encore dans un arrêt du 10 janvier 1872, portant : « Attendu que la dite maison de banque, en débitant le compte du remettant des valeurs qui ne lui avaient pas été remboursées à l'échéance, n'a fait que se conformer à l'usage admis en matière de contrat de compte courant et à une condition qui doit être réputée sous-entendue même alors qu'elle n'aurait pas été expressément stipulée dans l'acte d'ouverture de crédit. »

On peut donc considérer comme acquis que, dorénavant, nulle convention ni mention spéciale ne sont nécessaires pour écarter, en matière de compte courant, l'application de l'art. 136 C. Com. Au contraire, pour que ses dispositions aient leur

(1) DELAMARRE et LE POITVIN. *Op. cit.*, p. 871.

plein effet, il est indispensable que les parties conviennent expressément que l'endossement sera définitivement translatif de propriété.

Voilà évidemment une distinction qu'on ne peut attribuer au législateur. Pour trouver une justification légale à l'interprétation adoptée par la jurisprudence, les auteurs mettent en avant l'art. 1184 d'après lequel « la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques pour le cas où l'une des parties ne satisfera point à son engagement ».

Et ce premier alinéa paraît bien fournir toute la justification désirable. Mais le législateur ajoute : « Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit... La résolution doit être demandée en justice et il peut être accordé un délai suivant les circonstances. »

Or, au cas de compte courant, bien que la condition résolutoire soit sous-entendue, la résolution de l'endossement et du crédit correspondant a lieu de plein droit, sans intervention des tribunaux. La justification tirée de l'art. 1184 C. Civ. est donc insuffisante. Il faut en trouver une autre. A notre avis, cette règle a sa source dans l'intention des parties, intention décelée par l'usage et usage consacré à son tour par la jurisprudence. Elle n'a d'ailleurs pas besoin de s'appuyer sur l'autorité du législateur puisqu'elle n'est que la conséquence du principe fondamental que nul ne doit s'enrichir sans cause, et au détriment d'autrui.

Les commerçants et les tribunaux ne se sont d'ailleurs pas arrêtés là. Après avoir cherché à simplifier leurs comptes et à rendre leurs situations facilement liquidables, ils ont tenu à s'entourer du maximum de sécurité possible. Ils ont alors inventé des dispositions qui se heurtent à des règles plus impérieuses du Code. La crainte qu'a tout commerçant, c'est de traiter avec un correspondant qui devienne insolvable. Comment se prémunir contre les conséquences de la faillite d'un correspondant en compte courant ? C'est ce que nous allons examiner dans le chapitre suivant.

CHAPITRE II

La coutume constitue de véritables “ privilèges ” au cas de faillite de l'une des parties en compte courant

Nous nous sommes déjà expliqués sur ce que nous entendons par privilèges dans ce chapitre (1).

Nous allons voir que, dans certaines hypothèses particulières, un droit de préférence sur l'objet des remises du compte a été conféré aux créanciers qui étaient en compte courant avec le failli sans que ceux-ci puissent se prévaloir ni d'un texte légal, ni d'une convention spéciale et explicite. Ce droit de préférence est maintenant assez solidement établi pour que la question ne se discute plus devant les tribunaux. Quel est son fondement et sa justification? La volonté des parties même non exprimée? Dira-t-on qu'il constitue une sorte de « privilège »? Mais, au sens propre et étymologique du terme, seul le législateur est qualifié pour en créer. Quelle que soit, d'ailleurs, l'explication admise, le droit de préférence ainsi établi est en opposition avec une règle légale qui, celle-là, n'est plus interprétative, mais est d'ordre public puisqu'elle fixe l'ordre de distribution entre les divers créanciers ou les règles de forme à observer pour le modifier.

Actuellement, tout se passe, en fait, comme si, à côté de la loi, il existait une autorité ayant les mêmes prérogatives et dont les règles s'imposeraient au juge avec une puissance analogue. C'est dans ce sens que nous disons que la coutume constitue des

(1) Voir ci-dessus, page 39.

« privilèges » au cas de faillite de l'une des parties. Et c'est parce que, dans le cas de faillite, les dispositions légales mises en échec sont impératives que nous distinguons ce cas de ceux qui ont été étudiées précédemment et que nous en faisons l'objet de ce deuxième chapitre.

Comme dans toutes les règles élaborées par la coutume, que nous avons rencontrées jusqu'ici, nous trouvons à la base l'intention des parties et la satisfaction d'un besoin d'où est né cet usage. Les règles du Code sur l'imputation des paiements, la compensation, etc., étaient trop compliquées et ne s'adaptaient pas facilement au mouvement incessant d'affaires existant entre deux commerçants en compte courant. Il a fallu les simplifier. On y est arrivé en écartant les règles légales et, notamment, en retardant la compensation jusqu'à la clôture du compte. D'après l'usage, une remise ne constitue pas un paiement ; elle ne provoque que l'inscription de la part du correspondant d'un article de crédit. Le danger d'une telle manière de faire saute aux yeux ; il est d'ailleurs mis en lumière par des auteurs (1) de la façon suivante :

« Ce n'est pas sans de grands motifs que le commerce a pu inventer un compte courant par lequel un commerçant échange une valeur présente et certaine, souvent même de l'argent comptant, contre un simple crédit toujours plus ou moins sujet à défaillir. L'expérience est là... Mais d'immenses avantages rachètent cet inconvénient contre lequel, d'ailleurs, l'homme prudent se précautionne le plus qu'il peut par le choix d'un bon correspondant. »

Sans doute, il est prudent de ne traiter en compte courant qu'avec des correspondants sérieux et solvables, mais il ne s'agit là que d'une garantie subjective et elle n'est pas suffisante étant donné la rapidité avec laquelle même de bonnes entreprises peuvent périlcliter. Les commerçants ont compris qu'il serait bien plus sûr d'avoir une garantie « objective » résultant normalement de la situation de compte courant. Et c'est pour-

(1) DELAMARRE et LE POITVIN. *Op. cit.*, t. II, p. 852.

quoi ils ont travaillé, depuis que ce procédé de règlement est utilisé, à s'assurer une situation privilégiée par rapport aux autres créanciers, en écartant, le cas échéant, les règles de la législation positive qui pouvaient les empêcher d'atteindre ce but.

C'est l'élaboration lente et progressive des règles coutumières, en opposition avec les dispositions sur la constitution et les effets des droits de préférence, que nous allons étudier dans ce chapitre.

Pour reprendre l'ordre que nous avons suivi précédemment, nous examinerons, en premier lieu, la question de la compensation en cas de faillite.

On est unanime pour admettre que la faillite arrête le compte courant. Quand on liquide le compte à cette époque, le correspondant du failli se trouve créancier des sommes inscrites à son crédit et débiteur de celles qui sont à son débit. Si les parties étaient *in bonis*, l'opération se terminerait par une compensation générale, annulant le débit par le crédit jusqu'à due concurrence. L'état de faillite ne fera-t-il pas obstacle à cette compensation? L'usage a depuis longtemps résolu cette question par l'affirmative, pour le plus grand bien du commerce, et la jurisprudence s'y est de bonne heure conformée.

C'est également dans le sens de l'affirmative qu'a été résolue la question de la validité des remises faites en période suspecte. On sait que, dans cette période qui précède la déclaration de faillite, la loi annule de plein droit ou permet de faire annuler un certain nombre d'actes que le failli aurait accomplis et qui seraient susceptibles d'avantager certains de ses créanciers. Mais, lorsqu'il s'agit de l'exécution normale d'une convention de compte courant antérieure à la cessation des paiements, l'usage a réussi à faire maintenir les remises faites en période suspecte, et cette manière de faire réduit considérablement l'inconvénient et le danger signalés plus haut.

Enfin, comme le compte courant s'établit souvent entre banquiers, les remises qu'il contient portent fréquemment sur des effets de commerce. C'est au sujet de la transmission de ces

effets en compte courant que nous trouverons encore deux manifestations remarquables de la coutume. L'une est relative au transfert de propriété de ces effets, même par endossement irrégulier, l'autre concerne la validité de la contrepassation, même après la déclaration de faillite. Nous avons vu au chapitre précédent que, suivant l'usage, les effets impayés pouvaient, entre commerçants *in bonis*, être rayés du compte où ils avaient provisoirement figuré. La question s'étant posée de savoir si la contrepassation était encore admissible au cas de faillite de l'une ou de l'autre des parties, soit du remettant, soit du récepteur, la coutume s'est établie dans le sens de l'affirmative du moins dans le premier cas.

Nous allons examiner en détail, dans un paragraphe spécial, la formation de la coutume sur chacun de ces points.

§ 1. LE DROIT A LA COMPENSATION EN CAS DE FAILLITE

L'hypothèse est la suivante : Deux commerçants sont en compte courant. L'un d'eux vient à tomber en faillite et la date de cessation des paiements est fixée à une époque qui est postérieure au commencement des relations entre les deux correspondants. Le fonctionnement du compte, basé sur la confiance réciproque, est alors arrêté et le compte est liquidé. S'il portait 100 au débit du failli et 150 à son crédit, le règlement devrait se faire de la manière suivante :

Le correspondant verserait 150 à la masse et produirait pour 100 à la répartition. Ainsi, tandis que s'il avait laissé jouer la compensation légale, il aurait peut-être été quitte en versant seulement 50, si cette manière de faire était admise, il devrait subir la loi du dividende pour la totalité de sa créance.

Or, telle est précisément la conséquence rigoureuse que l'on déduit logiquement des prescriptions du Code sur la compensation combinées avec les règles de la faillite. D'après la loi française, la compensation est *un double paiement* fictif. Aucun paiement n'étant possible après la déclaration de faillite, la compensation ne saurait normalement être admise. Tout au plus,

pourra-t-elle s'établir entre la somme due à la masse et le dividende que le correspondant retirera de la faillite.

Cette perspective n'était évidemment pas faite pour encourager les commerçants à développer le compte courant. Voici les deux hypothèses normales :

Primus doit 100 à Secundus. D'autre part, Secundus prévoit que, dans quelque temps, il prendra chez Primus des marchandises pour 100 : il vient tout naturellement à l'esprit de Secundus de ne pas exiger le paiement de 100 qui lui sont dus. Les deux parties s'ouvrent mutuellement un compte courant et Secundus fait crédit à Primus.

Ou bien Primus, ayant besoin d'argent pour ses affaires à des dates indéterminées, se fait ouvrir par Secundus un crédit de 100 sur lequel il tire au fur et à mesure de ses besoins et en échange duquel il fait des remises de temps à autre.

Dans un cas comme dans l'autre, Secundus rend un service à Primus. D'ailleurs, plus les affaires se développent, plus les crédits doivent être allongés, plus la situation de Secundus devient dangereuse si, en cas de faillite de son correspondant, il est exposé à un règlement effectué sur les bases ci-dessus indiquées.

Il était donc nécessaire, dans l'intérêt du commerce, d'écarter ces conséquences et de pouvoir, en cas de faillite, opposer la compensation. Depuis fort longtemps, l'activité des gens d'affaires a tendu à ce résultat, qui n'était, selon un auteur, que « l'expression de l'équité sentie unanimement par tous les commerçants » (1).

L'application la plus ancienne de ce principe se trouve, en droit romain, dans la *deductio* du *bonorum emptor*. A Rome, en vertu d'une disposition de l'édit du prêteur, l'adjudicataire des biens d'un failli qui poursuit les débiteurs de celui-ci, n'obtient condamnation contre eux que déduction faite de leur créance contre la masse. D'ailleurs, les dettes du failli peuvent entrer en ligne de compte même lorsqu'elles ne sont pas échues.

(1) FRÉMERY. *Etudes de Droit commercial*, p. 383.

La situation est réglée de façon identique dans les statuts des Républiques Italiennes au ^{xvi}^e siècle, notamment dans le statut des Marchands de Florence (1577) et dans le statut de Gênes (1). La compensation n'y était primitivement pas admise, mais le correspondant du failli avait un droit de rétention qui lui donnait déjà une sérieuse garantie. A ce sujet, M. THALLER s'exprime ainsi :

« Au Moyen Age, les statuts des Républiques Italiennes avaient, dès le ^{xvi}^e siècle, imprimé au droit de rétention une marche progressive et abouti à cet important résultat, à l'égard des commerçants tout au moins, d'une fusion des dettes se neutralisant à due concurrence : la faculté pour un négociant de retenir ce qu'il devait à un autre jusqu'à ce que celui-ci s'acquittât envers lui d'une dette distincte. Ce droit, reproduit à nouveau dans la période contemporaine par l'article 313 du Code Allemand de 1860, marque très nettement la solidarité unissant les dettes croisées des marchands aux yeux des tribunaux consulaires d'Italie d'il y a trois cents ans. Ces mêmes tribunaux ne discernant pas, ou ne voulant pas discerner, la ligne assez fine séparant ici la défense de l'attaque et la rétention de l'application des valeurs retenues, en étaient venus à octroyer au rétenteur le droit de liquider la chose possédée et de se payer par préférence sur son montant : la chose possédée consistant en une dette d'argent, on en arriva logiquement à autoriser le défendeur à s'attribuer par préférence sa propre obligation en règlement de sa créance (2). »

Des dispositions analogues se trouvent dans la législation de Brême et d'Augsbourg et, au ^{xviii}^e siècle, CASAREGIS, dans son discours N^o LXXVI, soutient qu'une dérogation aux règles strictes de la compensation doit être admise, selon l'équité et la bonne foi, en faveur des commerçants.

Cependant, dans l'ancien droit français, nous n'avons aucune trace que les règles de la compensation aient été assouplies pour

(1) FRÉMERY. *Op. cit.*, p. 335.

(2) THALLER. *Les faillites en Droit comparé*, t. II, § 128.

donner satisfaction aux besoins du négoce. POTHIER, notamment, ne mentionne aucune exception à la règle que la compensation n'est admise qu'entre dettes exigibles, sauf la question du terme de grâce (art. 1292 C. Civ.), et nous ne connaissons qu'une seule décision judiciaire antérieure au Code, qui aurait autorisé la compensation entre une dette exigible et une qui ne le serait pas. MERLIN, qui cite cet arrêt rendu par le Parlement des Flandres, le 1^{er} mai 1775, n'en rapporte malheureusement pas le texte.

Cette décision semble prouver qu'à la fin du XVIII^e siècle, l'usage commercial que nous avons rencontré dans les Républiques Italiennes s'était introduit en France. Nous en avons également un indice par le passage suivant de MERLIN : « Si le créancier à terme prouve que le débiteur dont la dette est échue a éprouvé, depuis la création de la dette à terme, un dérangement notable de sa fortune, il peut opposer la compensation en offrant de déduire les intérêts ou l'escompte de sa créance à terme (1). » Ainsi la créance est ramenée à sa valeur au jour de la liquidation et elle peut faire l'objet d'une compensation bien qu'elle ne soit pas échue.

Voilà donc une modification sérieuse apportée dans les conditions exigées jusqu'ici pour les créances entrant en compensation, conditions que le Code n'avait fait que consacrer.

Ce qui prouve encore qu'à cette époque l'usage s'était établi dans ce sens, ce sont les décisions des Tribunaux et des Cours sur la question. La Cour de Turin, par exemple, avait à trancher, le 18 ventôse an XIII, la question suivante : Deux maisons sont en relations d'affaires ; celle qui dépose son bilan est créancière de deux lettres de change non échues et débitrice de trois lettres de change non échues également. Au total, elle est débitrice. La maison créancière n'a voté le concordat que sous l'expresse réserve de compensation. Poursuivie par le failli, au moment où les deux lettres viennent à échéance, elle oppose ce moyen de libération, bien que les trois autres lettres ne soient pas exigibles.

(1) MERLIN. *Répertoire, Compensation*, § II, V.

Le premier jugement et l'arrêt de la Cour lui donnent gain de cause :

1^o Parce que « la décision est fondée sur les principes généralement reçus en matière de commerce et développés par CASAREGIS, Disc. 135 » ;

2^o Que, d'après ces principes, dès le moment de la faillite, la dette du correspondant a été compensée *ipso jure* contre une somme égale des créances de ce dernier ;

3^o Que ces principes sont d'autant plus applicables à l'espèce qu'il s'agit, de part et d'autre, de lettres de change, relativement auxquelles le délai pour le paiement n'est qu'un terme de grâce qui ne met point obstacle à la compensation suivant l'art. 1292 C. Civ., article qui, dans cette partie, n'a fait qu'adopter l'ancienne jurisprudence ;

4^o Que le créancier, en protestant lors du concordat, qu'il se réservait tout entiers les droits de compensation n'a souscrit à l'atерmoiemement que pour l'excédent de ses créances, toute compensation faite (1).

Il est curieux de voir ce jugement invoquer d'abord l'usage, puis, au moyen d'une interprétation habile mais sujette à discussion, appeler à l'aide un article du Code Civil.

Mais, dira-t-on, l'affaire précédente se passait en Italie, l'autorité qu'on y invoque est italienne : or, on sait que les usages étaient, dans ce pays, favorables à la compensation. En était-il de même en France ? C'est ce qui semble bien ressortir d'un certain nombre de décisions.

Dans un arrêt du 6 février 1808, la Cour de Bruxelles autorisait la compensation entre une dette échue due à la masse de la faillite et des billets non échus, signés par le failli, et que le porteur avait reçus par endossement. La même solution est donnée dans un arrêt de la Cour de Paris du 18 juin 1819 et dans un jugement du Tribunal de Commerce de Lyon du 16 janvier 1824. Cependant, ces décisions ne formèrent pas juris-

(1) Répertoire DALLOZ. *Obligations*, titre 6, chap. 4, sect. 1, art. 1, § 3, n° 2662. Note.

prudence. Elles étaient en contradiction avec le Code Civil, elles furent infirmées par les Tribunaux supérieurs ou cassées par la Cour suprême.

A propos de la première affaire, la Cour de Cassation s'exprimait ainsi dans ses attendus :

« Le porteur des effets n'en aurait pas pu retirer le paiement par anticipation dans les dix jours qui ont précédé l'ouverture de la faillite. Ces effets ne sont devenus exigibles que par la faillite, ils ont été atteints par elle et par conséquent exposés à en subir les événements, à l'égal des autres créances de même nature et, d'autre part, cette faillite a, dans le même moment, saisi et arrêté la créance du failli sur le porteur, et, en la rendant le gage et la propriété de tous les créanciers, elle l'a soustraite à toute compensation qui n'aurait pas été faite antérieurement.

« ... Attendu que toutes les lois sur la faillite, tant nouvelles qu'anciennes, ayant voulu qu'au moment de l'ouverture de la faillite les droits des créanciers demeurent invariablement fixés et même que tous les paiements faits pour dettes commerciales non échues dans les dix jours qui l'ont précédée soient rapportés, il est impossible de supposer que la faillite puisse donner à un créancier porteur d'effets non échus, le droit de se faire payer en entier par voie de compensation, d'une créance dont il aurait dû rapporter le montant s'il l'avait reçu dans les dix jours qui ont précédé la faillite...

« ... La Cour de Bruxelles, en admettant la compensation, a violé les art. 1289 et 1291 C. Civ. et la Déclaration du 18 novembre 1702... (1). »

L'arrêt de la Cour de Paris, du 18 juin 1819, est cassé, le 17 février 1823, avec des attendus analogues : Admettre la compensation serait conférer un privilège à l'un des créanciers alors que les règles établies tendent à maintenir l'égalité entre tous les créanciers chirographaires.

La loi et la jurisprudence refusaient donc d'admettre un privilège en faveur des créanciers qui se prévalent d'un droit de

(1) J. P. T. IX, 1821, pp. 98, 99. et S. 11. 1. 141.

compensation. Et cela se justifie parfaitement dans l'hypothèse des arrêts précédents. Le porteur d'effets, qui prétendait compenser, n'avait ces billets en portefeuille que par hasard, à la suite d'un endossement. Ce créancier n'avait aucune relation avec le failli signataire. Rien ne justifiait donc une mesure spéciale en sa faveur. Bien plus, si on avait admis la compensation dans cette hypothèse, à chaque menace de faillite, les porteurs d'effets signés par le failli se seraient mis en rapport avec des créanciers pour compenser entre eux, et en dehors des syndics, les valeurs qu'ils détenaient. On ouvrirait ainsi la porte à des abus et la réglementation de la faillite devenait illusoire.

Donc, en principe, pas de compensation et pas de privilège, et c'est ce qu'affirment constamment les tribunaux saisis de la question. La créance sur un failli qui obtient un concordat doit être réduite au dividende pour pouvoir se compenser avec la dette du même créancier (Cass., 24 novembre 1841, S. 42. 1.845. Agen, 3 janvier 1860, S. 60. 2.140).

La compensation ne peut s'opérer entre une dette du failli échue antérieurement et une créance à lui due devenue seulement exigible depuis la faillite ; cette créance doit être payée intégralement lors de son exigibilité et la dette du failli subir une réduction au marc le franc (Cass., 9 juillet 1860. S. 60. 1.696. Cass., 20 juillet 1870. S. 72. 1.65).

Le refus de compenser mettait les commerçants en compte courant dans une situation difficile. Si cette jurisprudence était maintenue, si aucune exception n'était faite en faveur de cette situation spéciale, le compte courant devenait une convention pleine de danger. Il eût été fâcheux d'abandonner cette pratique à raison de cet inconvénient, d'autant plus que l'usage s'établissait en sens contraire. Par suite de confusion, au début du XIX^e siècle, certains tribunaux, nous l'avons vu, acceptaient la compensation dans des cas où il n'y avait pas compte courant et où les créances à compenser étaient complètement étrangères l'une à l'autre. Cela montre bien qu'ils étaient favorables à la reconnaissance de l'usage ; ils étaient convaincus qu'en matière

commerciale, la compensation ne devait pas être gênée par les règles étroites du Code Civil. Malheureusement, faute d'une étude assez précise, ils oubliaient de faire une distinction essentielle. Ultérieurement, la distinction s'établit peut-être encore sous l'influence de la doctrine. Nous lisons, en effet, dans PARDESSUS (1816), à propos de la faillite, que l'exigibilité accidentelle qui accompagne cet événement ne permet la compensation qu'entre la dette et le dividende correspondant à la créance produite. Mais l'auteur ajoute : « Cependant, ces principes ne sont pas applicables au cas où l'une et l'autre dette, quoiqu'exigibles à des époques différentes, dérivent du même titre et sont corrélatives (1). »

Comme exemple, PARDESSUS cite le cas où la dette est une prime d'assurance maritime et où la créance résulte de l'indemnité due pour sinistre survenu aux objets assurés. Il faut supposer que l'assuré n'a pas payé la prime à l'avance, que l'assureur est tombé en faillite, puis que les marchandises assurées ont péri. A l'ouverture de la faillite, la dette de la prime est échue, mais la créance de l'assuré est encore aléatoire, par suite ni liquide, ni exigible. PARDESSUS cite également le cas du compte courant.

Guidés par ces principes, les tribunaux vont petit à petit enfreindre les règles du Code Civil, d'abord en faveur du compte courant, tout en maintenant l'application intégrale dans les autres cas (2).

Deux décisions de la Cour de Bordeaux, du 7 mars 1826 et du 3 décembre 1827, sont intéressantes à ce point de vue. Dans la première, la Cour déclare que la règle d'après laquelle la compensation a lieu seulement entre deux dettes de la même espèce, également liquides et exigibles, souffre exception dans le cas où des marchands ont fait ensemble plusieurs opérations commerciales et se sont respectivement fourni des valeurs ; dans ce cas, un règlement de compte est nécessaire pour savoir lequel des intéressés est définitivement créancier ou débiteur.

(1) PARDESSUS. *Droit commercial*, t. IV, pp. 863 et suiv.

(2) Voir la liste des décisions judiciaires sur la question à l'Annexe.

Le terme de « compte courant » n'y est pas prononcé, mais il n'y a pas de doute que les parties se trouvaient bien dans cette situation ; au contraire, dans l'autre affaire que nous avons déjà signalée (1), c'est le contrat de compte courant avec ses conséquences déduites par la doctrine qui est à la base de la décision. L'espèce est la suivante :

Primus fait à Secundus des expéditions de marchandises et des avances en billets et autres valeurs. Secundus tombe en faillite ; les syndics assignent Primus en paiement des billets souscrits et échus et en reddition de compte des expéditions. Le compte présenté par Primus se trouve créancier à son profit. Néanmoins, les syndics demandent que Primus soit condamné à payer le montant des billets souscrits et que le règlement de compte soit renvoyé à des experts pour en fixer le reliquat et pour qu'ensuite Primus se présente à la faillite comme créancier chirographaire. A l'appui de leur thèse, les syndics exposent que Primus était, à l'ouverture de la faillite, débiteur des effets échus, mais non créancier du produit des expéditions, le compte n'en étant pas réglé et le solde n'en étant, par suite, pas exigible.

Le 7 août 1826, un premier jugement déboute les syndics et admet la compensation. La décision est confirmée en appel, le 3 décembre 1827, avec le curieux attendu que nous avons déjà rapporté :

« Attendu que les opérations commerciales que font ensemble deux négociants établissent entre eux, sauf des conventions contraires, un compte courant général, qu'on ne peut en extraire un ou plusieurs articles pour s'en faire un titre liquide, parce qu'en matière de compte courant, tous les articles de débit et de crédit se balancent l'un par l'autre et que le solde détermine seul la situation respective des parties... »

Ce sont bien là, en effet, les conséquences de la convention de compte courant telles que l'usage les a établies et la jurisprudence sanctionnées, mais pour arriver au résultat cherché, c'est-à-dire à la compensation, il fallait au préalable établir que les

(1) Voir ci-dessus, pp. 47-53.

parties étaient en compte courant. La Cour a tourné la difficulté en admettant, pour les besoins de la cause, une présomption qui est de son invention et dont le principe n'a, d'ailleurs, pas subsisté :

« Il est bien évident, dit FRÉMERY (1), à propos de cet arrêt, que la Cour de Bordeaux a qualifié de compte courant toute opération entre commerçants, afin d'arriver à faire admettre la compensation que PARDESSUS avait déclaré être de droit pour les sommes portées en compte courant ; donner cette extension au mot compte courant, c'est errer dans l'expression, mais c'est, dans le sens, proclamer la décision constante de la coutume commerciale, savoir que les sommes dont deux commerçants doivent se débiter et se créditer se compensent de droit, en cas de faillite, quelle que soit leur échéance, mais sans distinguer si elles sont inscrites au compte courant ou au compte du temps. »

A peu près à la même époque, la question de la compensation se trouvait indirectement tranchée dans des affaires que nous retrouverons plus loin, relatives à la validité des remises faites en période suspecte. Les tribunaux étaient généralement d'accord pour maintenir ces opérations quand elles étaient effectuées sans fraude. Mais, au cas de compte courant, le maintien de ces remises ou la reconnaissance de leur validité ne pouvait servir aux intéressés que si on admettait simultanément qu'elles puissent se compenser avec les dettes des dits correspondants (2).

De même, la question de compensation apparaissait dans des litiges relatifs à la contrepassation des effets de commerce. Lorsque le correspondant du failli, bénéficiaire de la remise, avait, à son tour, endossé les effets au profit d'un tiers, il se trouvait généralement obligé de rembourser à ce tiers le montant de ces effets ultérieurement protestés. Il se présentait ensuite à la faillite en demandant à *compenser* le solde débiteur de son

(1) FRÉMERY. *Op. cit.*, note, p. 391.

(2) Voir, notamment, les arrêts de Cassation du 10 mai 1865 (D. 65. 1. 231), du 20 mai 1873 (D. 73. 1. 409), du 15 fév. 1875 (D. 76. 1. 318) et du 22 avril 1884 (D. 85. 1. 230), et ci-dessous, p. 93.

compte courant avec la créance qu'il possédait sur le failli, comme ayant réglé à la place du tireur les effets impayés.

Nous examinerons plus loin la solution donnée à cette difficulté par les tribunaux (voir chap. II, § 4). Dès maintenant, nous pouvons dire, qu'après avoir hésité, la jurisprudence a admis, dans ce cas, la contrepassation des effets, ce qui aboutit au même résultat que la compensation (1).

Donc, à ce point de vue de la compensation, sous quelque forme qu'elle se présente, la jurisprudence paraît aujourd'hui unanime. L'évolution ne s'est pourtant pas faite sans heurt et nous rencontrons, peu de temps après les arrêts de Bordeaux ci-dessus mentionnés, une décision en sens contraire ; elle a été rendue par la Cour d'Orléans, en 1831, dans l'espèce suivante :

Les sieurs Douet, négociants à Tours, étaient en relations d'affaires et en compte courant avec les sieurs Guerlin et Houel, commissionnaires en cuirs à Paris. En janvier 1829, Guerlin et Houel vendirent à Douet 7.521 francs de cuirs, dont ils furent réglés, moitié payable le 6 mai, moitié payable le 16 juillet 1829. En contrepartie, les sieurs Douet envoyèrent à Guerlin et Houel des marchandises que ceux-ci vendirent et dont ils encaissèrent le prix.

En août, les sieurs Douet sont déclarés en faillite et l'ouverture est fixée au 8 juillet. Guerlin et Houel voulurent compenser les billets qu'ils avaient souscrits en faveur des faillis et ceux qui leur avaient été remis à l'échéance du 16 juillet. Les syndics s'y opposèrent et la Cour donna gain de cause à ces derniers, aucune compensation n'étant possible puisque les faillis ne pouvaient faire de paiement dans la période envisagée.

Donc, bien qu'il y ait compte courant avant la faillite, la compensation n'est pas admise et la Cour de Cassation, saisie d'un pourvoi, confirma la décision de la Cour d'Appel. Le pourvoi était basé sur des précédents judiciaires (S. 27. 1. 318 et S. 29. 1. 242. 428) qui, admettant la validité des remises en période suspecte, autorisaient la compensation.

(1) Voir, notamment, Trib. de Commerce du Havre, 11. janvier 1862, et Req., 25 juin 1862 (D. 62. 1. 479), et ci-dessous, p. 116.

La Cour suprême s'est refusée à assimiler les deux situations et elle ajoutait : « Attendu que si la jurisprudence a admis et validé des paiements et actes faits par le failli, à une époque où la faillite n'était pas déclarée, quoique postérieure au jour où l'ouverture de la faillite a été fixée, c'est seulement dans le cas où il était déclaré constant et reconnu en fait qu'à l'époque de ces actes, tout avait été fait de bonne foi et dans l'ignorance de la faillite. »

Or, dans l'espèce, l'arrêt attaqué avait constaté que la faillite était notoire dès le 8 juillet, jour fixé pour l'ouverture. Guerlin et Houel connaissant à cette date la situation de leur débiteur, et désirant échapper à la loi du dividende, signèrent des billets en règlement d'une remise qui n'est d'ailleurs pas précisée. La fraude était manifeste ; il n'est pas admissible que le créancier, par suite de compte courant d'un négociant sur le point de tomber en faillite, s'entende avec son correspondant pour se faire remplir de sa créance au moyen de remises en compte courant faites *in extremis*. La théorie actuelle du compte courant permettrait de faire annuler ces opérations frauduleuses par application de l'art. 447 C. Com. En 1831, la Cour d'Orléans est arrivée au même résultat, en refusant la compensation. Ainsi cette décision, qui semble à première vue contredire l'opinion générale, n'est qu'une solution d'espèce donnée pour satisfaire à l'équité.

Dans une autre affaire, la Cour de Cassation, le 11 août 1832, a évité, par un procédé détourné, le paiement à la masse de la faillite du débit du compte courant et la production pour le crédit. L'espèce se présentait comme suit : Primus était débiteur de Secundus par compte courant ; Secundus avait tiré sur Primus des traites à échéance lointaine à l'ordre de Tertius et les avait inscrites dans son compte au crédit de Primus. Tertius fait ensuite escompter ces traites par l'acceptant Primus, mais il ne les acquitte pas et se contente de les endosser au profit de Primus. Puis celui-ci tombe en faillite ; les syndics trouvant, dans l'actif, des traites dont le failli était porteur, en réclament le montant à Secundus, tireur, solidairement tenu, laissant à ce

dernier la faculté de s'adresser ensuite à la masse pour le chiffre inscrit au crédit de son compte courant.

Sans se prononcer sur la compensation, la Cour suprême arrive à un résultat analogue en déclarant que Primus étant débiteur du montant des traites comme tiré et créancier de même somme par suite de l'escompte, il y a eu *confusion* et, en conséquence, Secundus ne se trouve envers Primus que créancier ou débiteur du solde de son compte.

Tel était bien le résultat auquel la jurisprudence, dans l'intérêt du négoce, désirait aboutir. Elle avait, d'ailleurs, soin de préciser son point de vue et de limiter la dérogation qu'elle se permettait : la compensation ne peut s'opérer qu'entre des remises qui constituent les éléments d'une convention régulière de compte courant ; aucune compensation ne peut avoir lieu entre deux dettes dont l'une procédant du règlement d'un compte courant arrêté par la faillite n'est devenue liquide qu'après le jugement déclaratif. De même, il ne peut pas y avoir de compensation entre le solde définitif d'un compte et la créance résultant d'un autre compte en cours complètement distinct. Admise dans les espèces où elle se présentait seule ou dans les espèces où elle était liée à la question de la validité des remises ou à la possibilité de contrepasser, la faculté de compenser, en cas de faillite de l'un des correspondants en compte courant, n'est actuellement plus discutée. Elle nous semble, d'ailleurs, absolument conforme à l'équité. Comme l'indique LABBÉ, dans une note, sous un arrêt (S. 79. 2. 145) : « La compensation n'est que l'exécution pendant la faillite d'une intention honnête manifestée dès avant son ouverture par les contractants et la survenance de la faillite ne saurait empêcher cette exécution normale d'un contrat inattaqué. » Mais, si le motif donné pour justifier l'infraction aux règles légales de la faillite est valable pour le compte courant, il s'applique tout aussi bien à tout autre contrat synallagmatique, conclu avant l'ouverture de la faillite et qui, au moment de la déclaration de celle-ci, rend les parties à la fois créancière et débitrice l'une de l'autre. Des situations analogues à celle du compte courant se présentent,

notamment en matière de liquidation et de partage, en matière d'administration du patrimoine d'autrui, reddition de compte de tutelle, et d'une manière plus générale, lorsqu'il s'agit d'un règlement de compte entre deux particuliers traitant des affaires du domaine du droit civil. La jurisprudence, qui avait admis l'exception aux règles de la compensation en faveur des négociants en compte courant, ne put moins faire, pour rester logique avec elle-même, que de l'admettre également en matière civile et c'est dans ce sens qu'on l'a vu s'orienter à la fin du XIX^e siècle (1). Ainsi elle a décidé que les opérations d'un même marché formant un tout indivisible, constituaient les éléments d'un compte unique au point de vue de l'application des règles de la compensation. Dans l'espèce tranchée, le 16 mars 1892, par la Cour Suprême, il s'agissait de savoir si, dans le compte intervenu entre un propriétaire et son entrepreneur, il serait possible de compenser la somme due par le propriétaire pour solde des travaux avec les indemnités dues pour malfaçons par l'entrepreneur, même au cas de faillite de ce dernier. La Cour de Cassation s'est prononcée pour l'affirmative : « Attendu qu'en *matière de compte*, les principes qui régissent la compensation sont inapplicables lorsque le compte comprend des éléments divers qui, au point de vue du règlement auquel ils doivent aboutir, forment un ensemble dont aucun des éléments ne doit être isolé et qui tous doivent concourir au résultat final, c'est-à-dire à l'établissement du reliquat déterminant seul les obligations et les droits de chacun des intéressés ; que l'état de faillite de l'une des parties ne saurait modifier l'application des règles qui tiennent à la nature même du compte. »

Ce sont les mêmes attendus que l'on trouverait pour le cas de compte courant et, dans l'espèce, il n'y en avait pas. De même la compensation est admise entre les sommes dues à l'occasion d'une fourniture de charbon et l'indemnité due à l'acheteur pour inexécution partielle du marché. Dans une autre affaire, le 4 juillet 1894, la Cour de Cassation confirme son opinion :

(1) Voir, notamment, les arrêts : Cass., 8 juil. 1890. S. 92. 1. 373 ; Cass., 16 mars 1892. S. 92. 1. 374 ; Cass., 4 juil. 1894. D. 95. 1. 109.

« Attendu qu'en matière de liquidation et de compte, les principes qui régissent la compensation sont inapplicables lorsque le compte comprend des éléments formant un ensemble et devant tous concourir au résultat final, c'est-à-dire à l'établissement du reliquat, lequel doit seul déterminer les obligations et les droits de chacune des parties intéressées. »

Il n'est plus question de commerçants ni de compte courant. Du fait qu'il doit intervenir un règlement de compte entre deux particuliers, les dispositions légales sur la compensation peuvent être écartées quand elles ne satisfont plus à l'équité. La brèche a été ouverte pour les négociants afin de répondre aux besoins de la pratique. Puis, par extension et sans que cette fois la jurisprudence puisse s'appuyer sur un usage généralement répandu, les dispositions nouvelles sont étendues en matière civile où elles « heurtent violemment » le texte de la loi. Cette question nous offre ainsi un exemple remarquable de l'évolution du droit, en dehors de toute intervention du législateur et à l'encontre de dispositions légales indiscutables. D'une part, nous constatons l'influence de la coutume commerciale sur les règles admises en droit civil pur ; d'autre part, nous voyons la jurisprudence en opposition flagrante avec la loi écrite. La dérogation étant, d'ailleurs, basée sur une idée d'équité dont la valeur ne peut être sérieusement contestée, il est à prévoir que les décisions se maintiendront dans le sens indiqué. Une coutume judiciaire, qui peut être dès maintenant considérée comme établie, se consolidera de plus en plus et lorsque la question aura été soumise de nombreuses fois aux tribunaux et qu'elle aura été résolue toujours dans le même sens, il sera bien difficile de nier que le juge aura, dans cette occasion, remplacé le législateur ou rempli la mission de ce dernier. C'est à juste titre qu'on pourra alors citer cet exemple comme une manifestation du pouvoir prétorien de la jurisprudence (1).

(1) NICOLAESCO. Thèse, Paris, 1920.

§ 2. VALIDITÉ DES REMISES FAITES EN PÉRIODE SUSPECTE

La faculté de compenser étant admise d'une façon générale en matière de compte courant, même au cas de faillite, les intéressés cherchèrent, pour étendre la portée de cette garantie, à faire entrer dans la compensation le plus grand nombre d'éléments possibles. Lorsqu'ils voulurent faire figurer dans la balance du compte, les remises faites pendant la période suspecte, des difficultés s'élevèrent, dont nous avons déjà dit un mot au paragraphe précédent. Une question préjudicielle se posait en effet : les remises qu'on voulait faire servir à la compensation étaient-elles bien valables ? Ne devaient-elles pas, au contraire, être annulées conformément aux dispositions des art. 446 et 447 du Code de Commerce ? L'application rigoureuse des dispositions que renferment ces articles aurait créé un nouveau danger pour les commerçants qui utilisaient le compte courant.

En effet, aux termes de l'art. 446 : « Sont nuls et sans effet relativement à la masse lorsqu'ils auront été faits par le débiteur depuis l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation des paiements ou dans les dix jours qui auront précédé cette époque : ... tous paiements, soit en espèces, soit par transport, vente, compensation ou autrement pour dettes non échues, et, pour dettes échues, tous paiements faits autrement qu'en espèces ou effets de commerce. »

D'autre part, d'après l'art. 447, « tous autres paiements faits par le débiteur pour dettes échues et tous autres actes à titre onéreux par lui passés après la cessation de ses paiements et avant le jugement déclaratif de faillite, pourront être annulés si, de la part de ceux qui ont reçu du débiteur ou qui ont traité avec lui, ils ont eu lieu avec connaissance de la cessation de ses paiements ».

Ainsi le compte courant étant arrêté par la déclaration de faillite, les remises faites par le failli pendant la période suspecte auraient été annulées ou annulables, tandis que celles de son correspondant auraient été maintenues. Cette manière de faire

aurait été évidemment trop contraire à la sécurité du commerce pour qu'elle pût être admise. Nous allons voir comment la jurisprudence est venue en aide aux commerçants et leur a donné satisfaction sur ce point.

En dehors de tout compte courant, la jurisprudence applique naturellement à la lettre les règles inscrites dans les articles précités. (1) : elle annule tous paiements faits par le failli entre l'époque de la faillite et celle du jugement qui l'a déclarée. Cependant, de bonne heure, elle a senti la nécessité d'apporter une atténuation à la rigueur de cette mesure lorsque les actes attaqués sont *exempts de fraude* et les parties de *bonne foi*. Nous trouvons, de 1820 à 1830, un certain nombre de décisions (2) où les tribunaux admettent que, parmi les actes faits « avant la déclaration de faillite, certains peuvent ne pas être annulés s'ils ont été faits sans fraude, mais de bonne foi à une époque où la faillite n'était point déclarée ni publiquement connue ». Il a été jugé de même, à plusieurs reprises, que « l'aliénation faite en période suspecte est valable à l'égard de l'acquéreur, si cet acquéreur est de bonne foi ».

Or, il était facile de constater que, dans le compte courant, les remises faites en période suspecte étaient généralement reçues de bonne foi, et il était logique d'étendre à notre matière la dérogation admise dans les cas précédemment cités où il était manifeste qu'aucune fraude n'avait été commise.

A l'époque où la Cour de Caen (1837) écartait du compte courant les règles sur l'imputation des paiements (3), on pouvait lire dans les travaux préparatoires de la nouvelle rédaction de l'article 446 C. Com. : « Des envois respectifs de marchandises destinés à se balancer réciproquement n'auraient pas le caractère de paiement prohibé, surtout s'ils avaient été précédés d'une série d'opérations de même nature qui consacrerait de la part des négociants un usage antérieur auquel ils se seraient

(1) Voir, notamment, S. 21. 2. 218 et S. 25. 2. 374.

(2) Voir les arrêts de Cassation : S. 24. 1. 7. ; S. 24. 1. 84 ; S. 27. 1. 318 ; S. 29. 1. 242 ; S. 29. 1. 429.

(3) Voir ci-dessus, p. 54.

conformés sans fraude. » C'était viser, expressément, sans le mentionner, le contrat qui nous occupe. Cependant, malgré les précisions qui furent ainsi données dans la préparation du texte, on ne trouva, dans la rédaction définitive de l'art. 446, aucune disposition spéciale sur le compte courant.

La jurisprudence ne put donc appuyer ses décisions que sur l'autorité des arrêts plus anciens que nous avons cités et sur celle qu'on peut reconnaître aux travaux préparatoires. Elle trouvait également un argument dans le principe d'indivisibilité qu'elle mettait peu à peu en lumière. Si les remises n'éteignent aucun des articles du compte courant, elles ne constituent pas des paiements et, par suite, l'art. 446 ne leur est pas applicable.

Le 3 août 1847, la Chambre des Requêtes décidait que le paiement en marchandises d'une dette échue, résultant d'une opération de commerce faite dans les conditions de publicité ordinaire, doit être maintenu quoique fait dans les dix jours qui précèdent l'époque à laquelle a été reportée l'ouverture de la faillite du débiteur (1). Dans l'espèce, il n'y avait pas compte courant, la bonne foi des parties n'était pas en cause, seul le caractère de publicité des opérations effectuées permit à la Cour de passer outre à la règle posée par l'article 446.

Dans l'espèce soumise à la Cour de Lyon, le 31 décembre 1847, le terme de compte courant n'est pas prononcé, mais les parties se trouvent pratiquement dans une situation analogue à celle qui résulte de ce contrat : Primus, fabricant de coton filé, vend à Secundus, tisserand, la matière première nécessaire à son commerce. Il est convenu que Secundus remettra à Primus les tissus fabriqués et que ce dernier les vendra, retiendra sur le prix de vente la valeur du coton filé et remettra le surplus à Secundus. Postérieurement à cette convention, Secundus, le tisserand, tombe en faillite. Comme dans les dix jours qui précèdent la cessation des paiements du failli, celui-ci avait fait des livraisons de tissu à Primus, les syndics veulent faire annuler ces opérations en application de l'art. 446. La Cour de Lyon,

(1) Cass., 3 août 1847. D. 47. 1. 345.

infirmant un jugement du Tribunal de Commerce de Lyon, repousse leur demande : « Attendu que cette convention n'a rien d'illicite et que les livraisons de tissu ne sont que l'exécution loyale du contrat... Attendu que l'art. 446 ne saurait être appliqué à Primus qui, d'après la convention, ne devait jamais recevoir de Secundus ni espèces, ni effets, mais bien son propre coton converti en tissu... (1). »

La jurisprudence commençant à s'orienter dans le sens de la prédominance de la pratique, de l'usage, sur la loi on doit s'attendre à rencontrer une réaction de la part de certains tribunaux décidés à appliquer les textes coûte que coûte. Nous avons déjà eu l'occasion de signaler ces points d'arrêts dans l'évolution de la jurisprudence et nous avons pu presque toujours expliquer ces décisions isolées par les éléments du cas particulier qu'elles tranchaient. Il ne semble pas, cependant, qu'on puisse donner une telle explication pour un arrêt rendu par la Cour de Grenoble, le 13 avril 1848. L'espèce est la suivante :

Un commissionnaire Primus et son correspondant Secundus sont en compte courant. Le compte courant de Secundus présente un débit de 30.000 francs. Secundus envoie à Primus, comme il en avait l'habitude, un ballot de soie à vendre et dont le prix devait être porté à son compte.

Le ballot de soie est vendu par Primus le 18 décembre, mais le paiement en est reporté au 31 de ce mois ? Secundus tombe en faillite le 19 décembre et le syndic revendique le ballot de soie comme ayant été cédé pendant la période suspecte. La Cour lui donne gain de cause ; elle refuse d'accorder la compensation à Primus avec les arguments suivants :

Ou bien le transfert de propriété de Secundus à Primus a eu lieu, le 18 décembre, par l'effet de la vente que ce dernier a conclue, et, dans ce cas, on est en présence d'un paiement en marchandises nul aux termes de l'art. 446 ;

Ou bien la remise est maintenue, mais le paiement effectif n'ayant eu lieu que le 31 décembre, le prix ne peut entrer dans

(1) Lyon, 31 déc. 1847. D. 48. 2. 15.

le compte courant avant cette date et il est devenu le 19, jour de la déclaration de faillite, le gage de la masse des créanciers.

Il est facile de répondre à ces deux arguments : le premier est en contradiction avec le principe que les remises en compte courant ne constituent pas des paiements ordinaires et c'est à ce point de vue que ce jugement nous intéresse. Quant au second, il n'est pas meilleur en ce sens que Primus pouvait parfaitement porter le prix de vente au crédit de Secundus dès le 18 décembre, mais *valeur du 31 décembre seulement*.

La décision précédente était ainsi en opposition formelle avec les idées généralement reçues sur le sujet. Elle ne l'était pas moins avec les besoins des commerçants ; elle n'eut aucun succès et resta isolée. A partir de 1850, dans une série d'arrêts que nous énumérons ci-dessous en note (1), la jurisprudence évolua de plus en plus dans le sens annoncé par les premiers arrêts. Dans l'affaire soumise à la Cour de Caen, le 8 juillet 1850, le failli avait envoyé à son correspondant en compte courant, pendant la période suspecte, des marchandises à vendre dont le produit devait être porté à son crédit. La Cour décide que la remise est valable tant que le correspondant n'a pas connaissance de la cessation des paiements. Elle serait, au contraire, annulable si elle était faite à un correspondant qui serait au courant de la situation. L'arrêt assimile les remises à des actes à titre onéreux. Dans ces conditions, ce n'est plus l'article 446 qui doit être appliqué, mais bien l'article 447.

C'est la thèse qui sera dorénavant admise par tous les arrêts. Ainsi, la Chambre Civile de la Cour de Cassation déclare, le 10 mai 1865, que « les remises respectives que se font des parties dans un compte courant existant entre elles, n'ont pas le caractère de véritables paiements et, dès lors, celles que l'une

(1) Arrêts favorables à la validité des remises en compte courant faites pendant la période suspecte :

Req., 3 août 1847. D. 47. 1. 345.	Colmar, 20 juil. 1865. D. 66. 2. 186.
Lyon, 31 mai 1847. D. 48. 2. 15.	Cass., 20 mai 1873. S. 73. 1. 396.
Caen, 8 juil. 1850. D. 55. 2. 19.	Cass., 15 fév. 1875. S. 75. 1. 360.
Cass., 10 mai 1865. S. 65. 1. 277.	Lyon, 5 mai 1882. D. 83. 2. 235.
Colmar, 3 juil. 1865. D. 65. 2. 226.	Caen, 22 avril 1884. D. 85. 1. 230.

En sens contraire : Grenoble, 13 avril 1848. D. 49. 2. 102.

des parties a faites à l'autre postérieurement à la cessation des paiements ne peuvent être annulées par application de l'art. 446 C. Com. »

La Chambre des Requêtes, dans son arrêt du 20 mai 1873, va encore plus loin en déclarant que les marchandises « remises en compte courant » deviennent la propriété du commissionnaire auquel elles sont remises et qu'il peut en disposer même après la faillite du correspondant. « Attendu que l'arrêt attaqué a pu conclure que S. J..., devenu propriétaire des farines *par cela seul qu'elles lui étaient remises en compte courant*, avait eu le droit de disposer de ces marchandises après la faillite de C... dans les conditions convenues et usitées longtemps auparavant et de bonne foi ; qu'en le décidant ainsi, l'arrêt n'a violé aucun des textes invoqués par le pourvoi. » Cependant, il serait dangereux de prendre à la lettre les expressions employées par la Cour suprême ; des marchandises ne sont pas « remises en compte courant » ; seules des sommes d'argent peuvent figurer dans un compte.

Par conséquent, ou bien les marchandises auront été envoyées en consignation avec mandat de vendre et le fait que le prix, lorsqu'il sera connu, doit être inscrit en compte courant, ne change rien à la nature du dépôt. Ou bien les marchandises auront été cédées en toute propriété au réceptionnaire avec fixation d'un prix convenu entre les parties et, dans ce cas, la propriété est aliénée dès le jour de la remise. Seule, l'intention des parties pourra fixer le juge sur ce point. Dans le premier cas, le dépositaire bénéficie du privilège accordé par l'art. 95 C. Com. Dans le second, c'est l'art. 447 qu'il faut appliquer.

Remarquons qu'en faisant reposer ses décisions sur le fait que la remise en compte courant ne constitue pas un paiement véritable, la jurisprudence s'appuie justement sur une dérogation à la loi que, conformément à l'usage en la matière, elle a adoptée et sanctionnée précédemment. Aussi, dans son arrêt du 15 février 1875, la Chambre des Requêtes, en précisant son point de vue, tente une justification plus directe par interprétation de la loi.

L'espèce est la suivante : il s'agit du compte courant fonctionnant entre un commissionnaire et son mandant. Le commissionnaire est chargé de vendre les marchandises fournies par le mandant ; au fur et à mesure des ventes, le prix en est porté dans le compte courant ; d'autre part, le commissionnaire fait des avances qui viennent en atténuation de sa dette. Le mandant tombe en faillite et les syndics essaient de faire annuler, en vertu de l'art. 446, les remises faites pendant la période suspecte. La Cour de Toulouse repousse leur demande. La Cour suprême rejette le pourvoi :

« Attendu, dit-elle, que des remises de marchandises en compte courant commencées et continuées *sans fraude* doivent être distinguées des actes frappés d'une nullité absolue par l'art. 446 ; que les actes à titre onéreux prohibés par l'art. 446 supposent une modification de la convention primitive et sont ordinairement déterminés par l'embarras des affaires du débiteur ; que ces circonstances qui motivent la présomption de fraude établie par la loi ne se rencontrent point dans le contrat de compte courant ; que les remises effectuées pour son exécution sont, au contraire, conformes à la convention primitive. »

Ainsi, il est actuellement acquis que l'art. 446 ne s'applique plus aux remises en compte courant. La Cour de Lyon, le 5 mai 1882, s'exprime ainsi : « Considérant qu'en matière de compte courant, il n'existe ni créance, ni dette jusqu'au moment où le compte courant étant arrêté, on procède au règlement et à la fixation définitive du solde de la balance ; que jusque-là les parties ne sont ni créancières, ni débitrices l'une de l'autre, puisqu'il est de la nature du compte courant de n'admettre ni imputation, ni compensation et de renvoyer à la clôture le règlement de toutes les négociations ; que de semblables opérations (remises) ne peuvent donc pas tomber sous les coups des dispositions de l'art. 446 C. Com. qui n'annule que le paiement d'une dette échue quand il est fait autrement qu'en espèces ou effets de commerce... »

La Cour de Cassation, le 22 avril 1884, disait de même, à propos de commerçants en compte courant : « Les remises qui

interviennent réciproquement entre eux ne peuvent être envisagées d'une façon distincte et considérées comme des paiements dans le sens de l'art. 446 C. Com.

D'ailleurs, pour écarter l'art. 446, il faut qu'il s'agisse de véritables remises en compte courant. Lorsqu'un commerçant, créancier à divers titres et notamment pour *solde de compte courant*, d'un autre commerçant tombé en faillite, se fait remettre par son débiteur, depuis la cessation des paiements de celui-ci ou dans les dix jours qui l'ont précédée, des marchandises destinées à le couvrir jusqu'à due concurrence du montant de ses créances, ces remises ne peuvent être assimilées à des remises opérées en exécution d'un compte courant et constituent des paiements faits en période suspecte autrement qu'en espèces et nuls de droit. C'est ce qu'a décidé la Chambre des Requêtes, le 12 avril 1875 (1).

Voilà donc la dérogation solidement établie et nettement délimitée. Les comptes courants pourront fonctionner pendant la période suspecte. Le commerçant menacé de faillite pourra, au moyen de remises, balancer ses comptes courants et avantager tel ou tel de ses correspondants. Les envois de valeur qu'il ferait isolément seront annulés ; ceux qui feront partie d'un ensemble d'opérations commencées pendant qu'il était *in bonis* pourront être maintenues. Les créanciers ordinaires seront atteints, les autres échapperont dans une certaine mesure au dividende. Ils seront, en définitive et en réalité, privilégiés pour ces opérations et l'on chercherait vainement dans le Code le texte qui leur permet d'éviter la loi commune.

§ 3. TRANSMISSION DE PROPRIÉTÉ DES EFFETS DE COMMERCE MÊME PAR ENDOSSEMENT IRRÉGULIER

Nous avons vu dans le paragraphe précédent que, pour que la compensation admise, même en cas de faillite, produisît tous les avantages qu'on en attendait, il fallait y soumettre le plus

(1) Cass., 12 avril 1875. S. 76. 1. 38.

grand nombre d'éléments du compte courant. L'usage, c'est-à-dire les intéressés, et à sa suite la jurisprudence réussirent à faire admettre, à l'encontre de la loi, que les remises de la période suspecte ne seraient pas annulées de plein droit ; mais une autre difficulté se présenta au sujet de l'endossement des effets de commerce dont le montant devait être inscrit en compte courant ? Nous allons voir comment l'usage, là encore, parvint à éliminer les conséquences dangereuses qui pouvaient résulter de l'application stricte du texte de la loi. L'art. 137 C. Com. qui réglementait la matière était ainsi conçu :

« L'endossement est daté. Il exprime la valeur fournie. Il énonce le nom de celui à qui l'ordre est passé. »

Et l'art. 138 ajoutait :

« Si l'endossement n'est pas conforme aux dispositions de l'article précédent, il n'opère pas le transport ; il n'est qu'une procuration. »

Cependant, l'usage s'était établi dans le commerce d'endosser les effets en blanc. Dans certains cas, cette manière de faire était due à la négligence, mais souvent elle avait une véritable raison d'être. Lorsqu'un négociant présente un bordereau d'effets à l'escompte, il ignore si ces effets seront acceptés ou refusés : dans l'incertitude, il appose sa signature en blanc, laissant au banquier le soin de compléter l'endossement par l'aposition d'une griffe affectée à cet usage, sur les effets admis à l'escompte (1).

Puisqu'aux termes de la loi, l'endossement irrégulier ne valait que comme procuration, les effets endossés en blanc ne cessaient pas d'appartenir au remettant et, au cas où ce dernier tombait en faillite, les syndics pouvaient efficacement les revendiquer.

Si cette règle avait été appliquée aux négociants en compte courant, l'effet produit aurait été désastreux pour les intéressés ; ou bien il aurait fallu cesser les endos en blanc et cela pouvait

(1) V. COURCELLE-SENEUIL, *Opérations de banque*, p. 408.

être gênant ; ou bien il fallait subir l'application de la loi qui permettait de reprendre les effets ainsi endossés, de telle sorte que le solde du compte courant tiré au moment de la déclaration de faillite n'aurait plus représenté l'état réel des rapports entre les parties. La balance du compte courant à un moment déterminé n'aurait donné aucun renseignement utile puisque, au cas de faillite déclarée, elle aurait été faussée par des redressements. Ainsi il n'était plus possible à un négociant de savoir par la seule inspection du compte courant si son correspondant était débiteur et de combien puisque des sommes importantes pouvaient être retirées de son crédit. Il fallait donc, de toute nécessité, écarter l'art. 138 à l'égard des remises passées en compte courant si l'on ne voulait renoncer aux endossements en blanc. Nous allons voir ici encore comment la coutume a, dans ce sens, réussi à s'imposer à la jurisprudence.

Un premier exemple des libertés que, dans cette matière, le juge a prises avec la loi, apparaît dans un arrêt très ancien de la Chambre des Requêtes (3 avril 1811). L'endossement était libellé « avec garantie », suivi de la signature. A l'échéance, le signataire de l'endos veut le revendiquer contre son correspondant avec lequel il était « en relations d'affaires commerciales ». La Cour suprême n'admet pas la revendication car, des lettres et des comptes produits, il ressort que les parties ont bien eu l'intention de se transférer la propriété (1).

Il résulte déjà de cette décision que la présomption de l'art. 138 peut être combattue par la preuve contraire ; il suffit d'établir qu'une valeur a été fournie en échange de l'endossement. Or, c'est bien ce qui se passe dans le cas du compte courant. D'ailleurs, admettre la preuve contraire n'a que peu d'importance quand la question se pose entre l'endosseur et le porteur seulement, mais l'admettre également quand des tiers sont intéressés, notamment contre la masse des créanciers en cas de faillite, c'est précisément créer au profit de certaines personnes des avantages que ni la loi ni la convention des parties n'avaient prévus.

(1) Rép. DALLOZ. *Effets de commerce*, chap. 2, sect. 6, art. 2.

La jurisprudence est même allée plus loin encore puisqu'il lui suffit, pour que la preuve soit faite, d'établir que les parties sont en compte courant. A ce point de vue, un jugement du Tribunal de Commerce de Nantes, du 15 juin 1867, et un arrêt de la Cour de Rennes sur la même affaire, sont particulièrement intéressants. L'espèce était la suivante : Des effets sont transmis en compte courant, avec endossement en blanc par M... à son banquier Ed. G... père et fils. Ces derniers tombent en faillite, le remettant veut revendiquer en se basant sur l'art. 574 C. Com. ; le Tribunal le lui refuse :

« Attendu que, par suite du compte courant et d'intérêts qui existait entre les parties, les remises que M... faisait au crédit de son compte avait pour effet de transférer à Ed. G... la propriété d'effets de commerce qu'il leur remettait ainsi... Attendu que la circonstance que les effets que M... remettait en compte courant étaient endossés en blanc par lui à Ed. G... et qu'ensuite ceux-ci remplissaient le blanc au moyen d'une griffe ainsi conçue : « Payez à l'ordre de MM. Ed. G... père et fils, valeur comptant », ne saurait changer le caractère de la remise en compte courant qui a été voulu et accepté par les parties ; que, lorsque les valeurs sont remises en compte courant, leur propriété est transmise par l'effet même du compte à celui qui les reçoit et qui en donne crédit au remettant, *indépendamment de la forme de l'endossement*, lequel peut n'être que postérieur à la transmission de propriété et à la tradition des lettres de change et billets que l'on escompte en compte courant. »

La Cour de Rennes, saisie de l'affaire, établit d'abord qu'il y a eu compte courant entre les parties. La convention de compte courant résultait, d'après la Cour, « de ce que les sommes perçues par M... étaient en chiffres ronds selon ses besoins et nullement en rapport avec le produit net de telle ou telle négociation d'effets ; qu'elles étaient dès lors puisées dans la balance du compte, ce qui est exclusif du simple mandat de recouvrement avec maintien de la valeur à la disposition du mandant ou affectation spéciale à des paiements déterminés, *qu'au contraire, la propriété des effets était, dès leur remise, transférée à*

Ed. G... par l'endos en blanc, comme par l'endossement régulier, que la convention lui donnait le droit de compléter ».

Ainsi, le juge ne s'embarrasse pas de la question de présomption ni de preuve, il agit simplement comme si le législateur avait décidé qu'en matière de compte courant, l'endossement irrégulier vaudrait transport de propriété quoi qu'il ait décidé exactement le contraire. Nous verrons un peu plus loin quel a été le résultat de cette manière de faire. Vérifions qu'elle s'est reproduite et généralisée (1)?

Nous trouvons en premier lieu un jugement du Tribunal de Commerce de Grenoble sous Grenoble, 7 mars 1872 : deux correspondants sont en compte courant ; le tribunal décide que, par suite de ce compte, « les remises faites par A... à B..., au crédit de son compte, avaient pour effet de transférer à B... la propriété des effets de commerce qu'il lui transmettait ainsi, d'où il suit que depuis la tradition de ces effets, le demandeur ne peut plus en faire la revendication dans la faillite de ses nouveaux propriétaires. Attendu que les objections faites par A... ne peuvent prévaloir contre un principe qui est universellement admis par l'usage commercial et la jurisprudence ».

Il n'est même pas question ici de la forme de l'endossement ; la propriété des effets est transférée, voilà tout ; quant à la revendication qui se présente souvent simultanément sous la forme de contrepassation au profit du remettant, nous verrons, au paragraphe suivant, qu'elle est généralement repoussée.

Dans l'affaire soumise à la Cour de Rouen, le 19 février 1877, l'un des deux correspondants en compte courant a endossé des effets en blanc et le porteur a rempli les blancs postérieurement à la remise. Ces effets n'ayant pas été payés à l'échéance, le porteur les a contrepassés, mais cela ne prouve point qu'il ait

(1) Tableau des décisions judiciaires admettant le transfert de propriété même par endossement irrégulier :

Trib. Com., Nantes, 15 juin 1867. S. 68. 2. 142.	Rouen, 19 fév. 1877. D. 77. 2. 82.
Rennes, 27 nov. 1867. S. 68. 2. 142.	Paris, 15 juil. 1881. <i>La Loi</i> , 3 nov. 1881.
Trib. Com., Grenoble, 7 mars 1872. S. 72. 2. 142.	

renoncé à la propriété de ces effets qui, dit la Cour, lui a été « régulièrement » (*sic*) transmise. Au contraire, loin de retourner ces effets à l'endosseur, le porteur les a conservés par devers lui.

Nous trouvons enfin un nouvel arrêt dans le même sens, rendu par la Cour de Paris, le 15 juillet 1881. Une traite avait été endossée *sans date*, mais avec la mention « valeur en compte courant ». L'une des parties soutenait que l'endos était irrégulier puisqu'il ne portait pas de date, que dès lors, il ne valait que comme procuration et que celle-ci avait été révoquée de plein droit par la faillite presque simultanée de l'endosseur et du porteur. Mais la Cour repoussa cette argumentation, « considérant que la lettre de change qui faisait partie d'un bordereau important a été envoyée et reçue en compte, valeur 13 mars, avec intérêts commerciaux et a servi, avec d'autres effets, à éteindre la dette de P... envers B... ; considérant que ce dernier (le porteur) n'était donc pas un simple mandataire chargé de faire le recouvrement de la traite en question et d'en tenir le montant à la disposition du propriétaire, mais qu'il était *propriétaire lui-même de cet effet tombé dans son patrimoine le jour même de la réception...* »

Telle est la conclusion à laquelle la jurisprudence aboutit : il suffit qu'un effet de commerce soit remis en compte courant, avec endossement régulier ou non, pour que la propriété en soit transférée au porteur. L'usage des endossements en blanc s'étant généralisé, les prescriptions de la loi paraissaient bien perdues de vue ; c'est alors qu'en 1922, le législateur se décida à modifier son texte pour le mettre en harmonie avec ce qui se faisait et ce qui se jugeait. La présomption de l'art. 138 C. Com. fut renversée. L'endossement opère le transport, mais dorénavant cet endossement « n'est une procuration que si telle a été la volonté clairement exprimée des parties contractantes ». La pratique, sanctionnée par la jurisprudence et contraire à la loi, a en somme modifié celle-ci.

Nous avons là un exemple, entre bien d'autres, de l'influence de la coutume et de la jurisprudence sur le législateur. Les dispositions comme celles de la loi du 8 février 1922, établies à la

suite d'une lente élaboration, ne risqueront pas de heurter les intérêts et les besoins des particuliers auxquels elles s'appliquent, du moins pendant un certain temps. On a cru, autrefois, que le législateur faisait les lois ; l'exemple précédent nous montre qu'il ne fait que les exprimer, les formuler. Quand il se trompe, ou que les circonstances se sont modifiées, il ne lui reste plus qu'à changer lui-même sa règle. Sinon les intéressés, avec la complicité du juge, auraient vite fait d'écarter ses dispositions.

§ 4. LE DROIT A LA CONTREPASSATION EN CAS DE FAILLITE

Dans les derniers paragraphes, nous avons étudié l'application des règles admises par l'usage et la jurisprudence pour la compensation, au cas de faillite, des articles inscrits en compte courant. Des règles ainsi établies pour la compensation comme pour l'imputation, la doctrine a induit le principe de l'indivisibilité du compte courant qu'on met actuellement à la base de la théorie de ce contrat et dont on déduit la plupart des autres règles suivies en la matière. La contrepassation que nous allons étudier maintenant et pour laquelle nous nous demanderons si elle peut encore être faite même après la déclaration de faillite, constitue une exception remarquable au principe de l'indivisibilité des éléments du compte. Si, en effet, la faillite étant déclarée, les correspondants du failli peuvent rayer du compte courant un certain nombre d'articles, si les effets correspondants même peuvent, après avoir été retirés du compte, rester entre les mains du porteur pour être encaissés directement par lui auprès des signataires, il semble bien que ces solutions étant en contradiction avec le principe d'indivisibilité, la valeur de celui-ci soit compromise.

Si, d'autre part, après la déclaration de faillite, certains créanciers peuvent réduire leur créance et si même, après l'avoir réduite, ils peuvent retirer à la masse certains éléments d'actif pour se payer sur le produit de leur réalisation, il semble bien que le principe de l'égalité entre créanciers chirographaires,

base du règlement de la faillite dans notre droit, reçoive une atteinte sérieuse.

Or, c'est ce qui se passe en matière de compte courant pour les effets de commerce endossés par le failli. On pourrait, comme nous l'avons indiqué plus haut, expliquer la dérogation au principe de l'égalité entre créanciers en supposant qu'une garantie spéciale a été accordée tacitement au correspondant en compte courant du failli, garantie qui résulterait de la condition «*sauf encaissement* » sous-entendue pour toute remise ; sinon, on en est réduit à admettre qu'une sorte de privilège s'est constitué sans intervention du législateur.

Quant à l'exception au principe de l'indivisibilité, on n'y peut trouver d'autre explication que la raison d'équité et l'on doit en conclure que ce principe, qui paraissait si bien établi et si général, ne peut suffire à expliquer toutes les règles admises en compte courant, bien plus même, que quelques-unes de ces règles sont en contradiction formelle avec ce principe.

Si le juge s'était tenu de façon immuable à l'indivisibilité, il aurait été obligé de méconnaître un usage constant et de donner des solutions contraires à l'équité. Pratiquement, il a rendu ce principe assez souple pour s'en servir quand il lui était utile et pour l'écarter dans le cas contraire. Signalons en passant que cette adaptation aux besoins de la pratique aurait été rendue beaucoup plus difficile si le principe en question s'était trouvé énoncé de façon formelle, dans la loi par exemple, et nous pouvons ainsi toucher du doigt l'inconvénient qu'il y aurait, dans des matières de la nature de celle que nous étudions, à énoncer des principes ou des définitions avant d'en avoir déterminé, par une étude patiente et approfondie, l'étendue et la portée compatibles avec les nécessités des affaires. Ainsi la loi, qui nous est apparue jusque-là principalement comme inutile en notre matière, aurait été, dans ce cas, dangereuse en raison de l'obstacle qu'elle aurait apporté au développement du droit.

La contrepassation au cas de faillite est donc en conflit avec deux principes, l'un — principe d'indivisibilité du compte — qui résulte de l'ensemble des décisions de la jurisprudence sur un

certain nombre de difficultés soulevées par le fonctionnement de celui-ci, l'autre qui découle de l'ensemble des dispositions législatives édictées pour protéger les créanciers d'un failli. Nous allons voir comment l'usage s'est établi et comment, devant le conflit des principes, la jurisprudence s'est comportée. Mais il importe dès maintenant de distinguer deux cas, suivant qu'il s'agit de la faillite du remettant ou de celle du recevant.

A. *Faillite du remettant*

Dès le début du xix^e siècle, nous pouvons constater que la contrepassation est en usage dans le cas de faillite du remettant et la jurisprudence semble l'admettre sans discussion.

Le 26 mai et le 16 novembre 1820, le Tribunal de Commerce et la Cour de Rouen s'exprimaient ainsi, à propos d'un compte courant : « Le crédit est seulement conditionnel jusqu'au paiement des effets à échoir qui ne sont, *suivant l'usage du commerce*, portés en écriture que pour le bon ordre et sauf encaissement (26 mai 1820). » « La balance d'un compte courant ne peut servir de base (d'appréciation) que lorsque le créancier a fait des remises effectives et réelles et nullement lorsque ces remises ne sont que fictives et en effets postérieurement protestés, n'ayant conséquemment aucune valeur (16 novembre 1820) (1). »

Sur la même affaire, la Cour de Cassation déclare :

« Lorsqu'un négociant a souscrit, au profit d'un autre, des effets — valeur en compte courant — ces effets, dont le souscripteur ne reçoit pas le prix, sont portés à son crédit dans le compte courant, mais toujours sauf encaissement à l'échéance. Si donc le souscripteur laisse protester les effets et ne les paye point, il ne peut se faire un titre de créance contre son correspondant du reliquat du compte courant résultant à son profit de ces effets portés à son crédit, puisqu'il n'a point payé ces mêmes effets comme il y était obligé pour devenir créancier (Req., 15 janvier 1823). »

(1) Voir ci-dessus, p. 72.

La Cour de Cassation, le 27 novembre 1827, et la Cour de Bourges, le 11 février 1829, reconnaissent également cet usage constant du commerce et admettent la contrepassation. Nous retrouverons, d'ailleurs, ces deux derniers arrêts un peu plus loin quand nous examinerons la question de savoir si, après contrepassation, les effets doivent être remis à la masse.

A peu près à la même époque, PARDESSUS, qui, nous l'avons vu, reconnaissait l'usage de la contrepassation entre correspondants *in bonis*, admettait que la faillite de celui qui avait envoyé ou remis les traites ne devait pas empêcher ce redressement de compte (1).

Nous avons ainsi la preuve que l'usage de contrepasser après la déclaration de faillite était répandu parmi les commerçants et que la jurisprudence n'hésitait pas à le suivre. Cependant, comme cette manière de faire constituait une grave dérogation aux lois de la faillite, une réaction ne tarda pas à se produire de la part de certains tribunaux, réaction analogue à celle que nous avons déjà rencontrée dans des situations semblables. Elle apparut dans des affaires où, ainsi que nous l'avons déjà signalé, la question de contrepassation était présentée sous la forme d'une compensation.

Dans un premier arrêt, la Chambre des Requêtes se prononçait, le 9 janvier 1838, contre la compensation, dans une espèce où celui qui avait souscrit les billets était tombé en faillite avant leur échéance, tandis que le correspondant, qui les avait acceptés et endossés à un tiers, avait dû en rembourser le montant au porteur. « Les effets de commerce transmis en compte courant, dit la Cour suprême, deviennent immédiatement la propriété de celui qui les accepte et doivent dès lors être portés réellement et actuellement au crédit de celui qui les a transmis sans qu'on puisse dire que la validité de cet article de crédit est subordonnée au paiement des effets à l'échéance, et qu'en cas de non-paiement, le titre originaire de la créance que ces effets avaient pour but de compenser, reprend tout son empire. » Au

(1). PARDESSUS. *Op. cit.*, t. 4, n° 1220.

lieu de demander l'autorisation de contrepasser, le correspondant du failli demande, ce qui aboutit au même résultat, à compenser le solde du compte avec une créance étrangère au compte, qu'il possède sur le failli, résultant de ce qu'il a payé un effet de commerce à sa place. Mais, cette créance ne faisant pas partie du compte courant, elle ne peut par suite donner lieu à compensation. Tel est le raisonnement de la Cour de Cassation. Un peu plus tard, la Cour de Rouen se prononce dans le même sens, le 13 décembre 1841 : « Si, depuis l'époque de la remise et avant celle de l'échéance, le souscripteur tombe en état de faillite, l'accepteur ne peut être admis à compenser la créance résultant de ces valeurs par lui remboursées à des tiers, avec les sommes dont il serait débiteur envers le failli. »

Ainsi, la jurisprudence refusait indirectement la faculté de contrepasser. Mais nous allons voir la Cour suprême s'opposer expressément à cette manière de faire et se détourner résolument de la voie dans laquelle les tribunaux avaient paru vouloir s'engager. Le 27 avril 1846, la Chambre des Requêtes, considérant le compte courant « comme une succession de remises dont la multiplicité ne doit pas modifier les règles ordinaires applicables à chaque cas isolément » repousse la contrepassation :

« Attendu que les valeurs de commerce transmises en compte courant deviennent à l'instant la propriété de celui qui les reçoit ; qu'elles sont portées immédiatement au crédit de celui qui les fournit et que *cette inscription est définitive et sans réserve* ; que c'est là *une habitude constante du commerce* ; que le défendeur ne peut être admis à faire prévaloir une interprétation contraire, qu'il ne peut, dans l'espèce, s'appuyer *sur la réserve assez souvent usitée de sauf encaissement*. »

Il paraît nécessaire d'insister sur un certain nombre de dispositions de cet arrêt : tout d'abord, le refus de voir dans le compte courant un contrat, par suite l'assimilation de ce compte à un simple tableau de comptabilité. Cette opinion pouvait être soutenue au début du XIX^e siècle. En 1846, la jurisprudence était déjà assez abondante sur le sujet et la plupart des règles spéciales à ce compte, assez solidement établies pour que l'on

puisse s'étonner de voir la Cour suprême reprendre la théorie de MERLIN et de SAVARY. D'autre part, quand elle affirme que c'est une habitude constante, dans le commerce, de transmettre les effets à titre définitif, la Chambre des Requêtes se met en contradiction avec plusieurs des arrêts antérieurs que nous avons cités, dans lesquels la décision avait été précisément basée sur ce que l'usage aurait été de les transmettre « sauf encaissement ». Elle se met enfin en contradiction avec elle-même en ajoutant que, malgré cette habitude constante, la clause « sauf encaissement » est assez fréquemment usitée. Quoi qu'il en soit, cette décision ne peut s'expliquer que par la préoccupation d'appliquer les dispositions de la loi écrite et par une confiance peut-être excessive, dans la prudence des commerçants. En effet, c'est parce que les parties n'ont fait aucune réserve sur la transmission des billets, que ceux-ci sont considérés comme ayant été transférés et l'arrêt qui juge ainsi ne peut être cassé, aucune disposition légale n'ayant été violée.

Le 29 avril 1847, la Cour de Dijon reprenait à son compte les arguments invoqués par la Cour de Cassation et décidait : « Que le négociant qui a reçu, accepté et endossé les traites, en est devenu propriétaire ; que s'il n'y avait eu entre les parties que cette seule opération, il n'y a pas de doute que le négociant ne pourrait, *par privilège*, obtenir son argent de la faillite. C'est en vain que, pour obtenir une solution contraire, il se base sur ce que les traites ont été comprises en compte courant et sur les usages du commerce ; le nombre plus ou moins grand de négociations intervenues entre deux commerçants ne peut apporter aucun changement dans l'application des principes du droit. »

L'arrêt s'appuie, en outre, sur la décision de Cassation du 27 avril 1846, ci-dessus mentionnée, et conclut que « *décider autrement serait faire jouir les comptes courants d'une faveur qui ne leur est accordée par aucune loi* ; qu'au surplus, les usages du commerce sont loin d'être constants et, *dans tous les cas, ne pourraient faire consacrer des principes diamétralement opposés aux dispositions des articles 443 et suivants du Code de Commerce* ».

Dans cette affirmation, la Cour de Dijon reconnaît, sans ambages, que la faculté de contrepasser constituerait un « privilège » en faveur des négociants en compte courant et que l'admettre serait en opposition formelle avec la loi. Cette déclaration a dû remplir d'aise les juristes qui, comme LAURENT, souhaitaient une application stricte et intégrale de la loi écrite. On pourrait croire que, par contre, elle gêna les commerçants dont elle troublait les habitudes. Il n'en fut rien, car les idées des magistrats de Dijon n'eurent aucun succès. Depuis plusieurs années déjà, un certain nombre de décisions avaient été rendues dans le sens favorable à la contrepassation ; la jurisprudence se confirma peu à peu dans cette voie et on ne trouve plus, à partir de cette date, de décisions contraires.

Le 10 décembre 1842, notamment, la Cour de Nancy s'exprimait ainsi :

« Considérant, en droit, que dans les relations entre banquiers, qui consistent dans des remises respectives de valeurs établies et constatées par un compte courant, les remises d'effets de portefeuille et négociables ne sont, *d'après les usages du commerce*, portées au crédit de celui qui les fournit et au débit de celui qui les reçoit que provisoirement et sous la condition que les effets seront encaissés à l'échéance ; que cette condition qui s'exprime quelquefois dans les accusés de réception par les mots « sauf encaissement » mais qui souvent aussi, pour ne pas blesser la juste susceptibilité des auteurs des remises, est passée sous silence, n'en doit pas moins, *d'après les usages du commerce* et l'art. 1160 portant que l'on doit suppléer les clauses qui sont d'usage quoi qu'elles n'y soient pas exprimées, n'en doit pas moins recevoir son application...

« ... Considérant qu'adopter le principe des syndics de la faillite, ce serait apporter les entraves les plus gênantes dans les négociations entre banquiers et, par la position périlleuse dans laquelle seraient placés ceux qui recevraient de leurs correspondants des remises d'effets négociables, rendre à peu près impossibles ces sortes de négociations indispensables cependant aux grandes et importantes relations de commerce. »

Les arguments mis en avant sont, on le voit, la fixité de l'usage, l'intention des parties, les nécessités de la pratique. Ce sont eux qui l'emporteront. On lit dans le *Répertoire Dalloz*, en note sous l'arrêt précédent :

« Nous avons dit qu'il est d'un usage constant dans le commerce de ne faire figurer au crédit les effets transmis en compte courant que sauf encaissement. Il est probable que cet usage, *journellement reconnu par les tribunaux inférieurs*, ne tardera pas à être consacré par la jurisprudence des Tribunaux d'appel et de la Cour suprême. »

Cette attestation est intéressante parce qu'elle nous fait connaître l'état d'esprit des juges qui sont en contact immédiat avec la vie courante. Ce sont eux, notamment les tribunaux de commerce, qui se permettent les premiers d'enfreindre, le cas échéant, les dispositions législatives pour donner satisfaction, soit à l'idée d'équité, soit aux besoins de la pratique. Les Cours d'appel et la Cour suprême acceptent généralement plus tard et avec plus d'hésitation les dérogations auxquelles les entraînent les échelons inférieurs de la hiérarchie judiciaire. Nous aurons l'occasion de citer d'autres exemples de ce phénomène. Dans le cas qui nous occupe actuellement, nous voyons, après la Cour de Nancy, celles de Paris, de Douai, de Rouen admettre la contrepassation. La Chambre des Requêtes reviendra alors sur son opinion antérieure et, à partir de 1850, toutes les décisions, sans exception, seront dans le même sens favorables à la contrepassation. (Voir le tableau au bas de la page 114).

La décision du 15 mai 1850, dans laquelle la Chambre des Requêtes opérait le revirement signalé, portait sur l'espèce suivante : trois négociants sont en présence, tireur, tiré et tiers porteur des effets en litige ; il y a compte courant entre le tiré et le tiers porteur ; ce dernier ayant remis les effets au tiré en est crédité au compte. Puis le tireur tombe en faillite ; le tiré n'ayant pas reçu provision refuse de payer et demande à rayer l'inscription en compte, celle-ci ayant été faite « sauf rentrée ». Le Tribunal de Commerce du Havre repousse la contrepassation. La Cour de Rouen, sans se prononcer sur ce point, aboutit au même résultat en décidant que l'acceptation n'a pas été donnée par le tiré. Mais la Cour suprême, sur le pourvoi, s'exprime ainsi : « Attendu que l'arrêt attaqué constate en fait qu'en recevant la lettre de change tirée sur elle, en qualité de tiers porteur et en la faisant figurer au crédit de X... le jour où cette valeur lui était transmise, la maison Y... *n'entendait être obligée que sauf rentrée* et sans rien faire présumer sur son acceptation et sur le paiement à l'échéance, *que cette appréciation des faits, conforme aux usages du commerce, n'a rien de contraire à la loi.* »

Tableau de la jurisprudence sur la question de la contrepassation en cas de faillite du remettant :

Décisions favorables	Décisions défavorables
Req., 15 janv. 1823. Devill. T. 7, p. 184.	Req., 9 janv. 1838. D. 38. 1. 50.
Cass., 27 nov. 1827. D. 28. 1. 32.	Rouen, 13 déc. 1841. S. 42. 2. 55.
Bourges, 11 fév. 1829. D. 29. 2. 243.	Rouen, 18 juin 1845. S. 46. 2. 70.
Nancy, 10 déc. 1842. D. 43. 2. 46.	Civ., 27 avril 1846. S. 46. 1. 593.
Paris, 12 nov. 1844. D. 45. 2. 29.	Dijon, 29 avril 1847. S. 48. 2. 187.
Douai, 5 mars 1845. S. 45. 2. 268.	Paris, 27 avril 1850. J. P. 50. 1. 612.
Nancy, 25 fév. 1850. S. 52. 1. 614.	Paris, 22 janv. 1851. J. P. 51. 1. 646.
Rouen, Req., 15 mai 1850. D. 50. 1. 149.	
Civ., 10 mars 1852. D. 52. 1. 77.	
Civ., 26 juil. 1852. D. 52. 1. 216.	
Civ., 10 août 1852. D. 52. 1. 214.	
Civ., 8 mars 1853. D. 54. 1. 336.	
Civ., 13 mars 1854. D. 54. 1. 130.	
Req., 16 mars 1858. D. 58. 1. 199.	
Bordeaux, 3 janv. 1860. J. P. 60, p. 1134.	
Douai, 21 juin 1861. S. 62. 2. 86.	
Req., 25 juin 1862. D. 62. 1. 479.	
Cass., 10 janv. 1872. S. 72. 1. 25.	
Cass., 18 janv. 1887. S. 90. 1. 442.	
Cass., 19 nov. 1888. D. 89. 1. 409.	
Cass., 9 mai 1892. D. 93. 1. 477.	
Cass., 24 janv. 1906. S. 06. 1. 216.	

Le 10 mars 1852, la Chambre civile rendait deux arrêts sur la question et elle déclarait que, « *suivant les usages du commerce*, on doit suppléer dans le contrat de compte courant la stipulation sous-entendue que le banquier qui reçoit les effets en compte courant ne les prend au crédit du remettant que pour valeur après leur encaissement ; que le crédit du remettant n'est que provisoire et conditionnel jusqu'à cet encaissement et que, pour les valeurs dont le paiement n'a pas lieu à l'échéance, le montant en est contrepassé au débit du remettant pour anéantir l'effet du crédit provisoire... Que la déclaration de faillite ne peut avoir pour effet de rendre pure et simple une créance conditionnelle de nature... »

Il est inutile de reproduire et même d'analyser tous les arrêts ultérieurs qui, d'ailleurs, s'empruntent souvent leurs attendus. Relevons seulement, dans l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 16 mars 1858, qui admet la contrepassation, le passage suivant : « Les parties ayant eu l'intention, clairement manifestée par les actes, de se placer dans les règles et conditions du compte courant tels que, selon les usages du commerce, il s'établit entre les banquiers et les commerçants. » Voici, d'autre part, un attendu intéressant de la Cour suprême dans un arrêt du 10 janvier 1872 : « Attendu que la dite maison de banque, en débitant le compte du remettant des valeurs qui ne lui avaient pas été remboursées à l'échéance, n'a fait que se conformer à l'usage admis en matière de compte courant et à une condition qui doit être réputée sous-entendue même alors qu'elle n'aurait pas été expressément stipulée dans l'acte d'ouverture de crédit. »

Il résulte de cet exposé que l'usage a toujours été très répandu, sinon unanime, de ne donner crédit d'une remise en compte courant que sous condition d'encaissement. Certains tribunaux ont consacré par quelques décisions, cette manière de faire et l'ont maintenue, même au cas de faillite du remettant. Puis, la Cour suprême et, à sa suite, quelques Cours d'appel, ont réagi contre cette violation des règles légales de la faillite. Mais l'usage a été plus fort, il a persisté et les tribunaux ont été obligés de le reconnaître et de le sanctionner. La plupart,

d'ailleurs, n'ont pas manqué de se justifier en invoquant cet usage du commerce. Il en résulterait donc que celui-ci pouvait modifier la disposition de la loi à laquelle il contredisait. Aujourd'hui, la question ne se pose même plus : la règle coutumière est acquise. Nous allons voir maintenant comment la jurisprudence l'a précisée et comment elle a déterminé exactement la situation dans laquelle il était permis d'opérer la contrepassation.

a) *La contrepassation est-elle possible quand les effets ont été négociés ?*

Il y a d'abord un cas particulier que nous avons examiné plus haut et sur lequel il nous reste quelques indications complémentaires à donner. Nous avons vu que la question de contrepassation, en cas de faillite du remettant, avait été quelquefois présentée sous forme de compensation quand le bénéficiaire de la remise avait négocié les effets en litige. Nous avons également signalé trois arrêts (1) défavorables à la compensation, par conséquent à la contrepassation. Nous les faisons figurer en note ci-dessous dans le tableau de la jurisprudence sur la question (2) et, comme nous les avons déjà analysés plus haut, nous n'y revenons pas. Au contraire, l'arrêt de Cassation du 15 mars 1848, qui repousse également la contrepassation, nous paraît mériter une mention spéciale. Les deux parties qui avaient été en compte courant étaient, toutes deux, déclarées en faillite. L'une des faillites avait dû, sur la poursuite d'un tiers porteur, payer, en monnaie de dividende, des effets émis par le correspondant et qui figuraient au crédit de son compte courant. Elle demandait à les contrepasser. Cette faculté lui fut refusée, car

(1) Voir ci-dessus, page 109.

(2) Tableau de la jurisprudence sur la question de la contrepassation en cas de faillite du remettant quand le recevant a négocié, puis remboursé, les effets impayés :

Décisions défavorables	Décisions favorables
Req., 9 janv. 1838. D. 38. 1. 50.	Trib. Com. du Havre, 11 janv. 1862.
Rouen, 13 déc. 1847. S. 42. 2. 55.	Req., 25 juin 1862. D. 62. 1.
Dijon, 29 avril 1847. S. 48. 2. 187.	
Cass., 15 mars 1848. S. 48. 1. 258.	

elle aurait entraîné un recours de faillite à faillite, recours prohibé par l'art. 543 C. Com. (1). A raison de cette situation spéciale, nous ne pouvons savoir si, dès cette époque, la Cour suprême se serait prononcée pour la contrepassation. Au contraire, le 25 juin 1862, la Chambre des Requêtes décidait formellement dans ce sens, même « *lorsque le réceptionnaire a négocié les effets à lui remis en compte courant et en a touché la valeur, si, à défaut de paiement à l'échéance, il en a remboursé le montant au tiers porteur* ». On ne voit pas, en effet, quelle raison il y aurait de lui refuser ce droit puisque rentrant en possession de la traite qu'il a été obligé de rembourser, il est absolument dans la même situation que s'il n'avait pas négocié. La jurisprudence qui admet la contrepassation dans ce cas a dû, logiquement, l'admettre dans le cas de négociation et quoiqu'aucune décision nouvelle ne soit venue, à notre connaissance, confirmer l'opinion émise, en 1862, par la Chambre des Requêtes, il semble bien qu'on doive considérer ce résultat comme acquis.

b) *Les effets impayés peuvent-ils être conservés
par le correspondant qui a contrepassé ?*

Ce serait une erreur cependant de croire que l'on peut uniquement, par le raisonnement, déduire les unes des autres les diverses solutions que la jurisprudence a données aux problèmes qui se posent à propos de la contrepassation. Puisque ces solutions doivent avant tout satisfaire aux besoins des intéressés, les déductions logiques ne sont admissibles que si elles cadrent avec la pratique. Nous en avons un exemple dans le cas où il s'agit de savoir si, après avoir contrepassé des effets impayés, le réceptionnaire de ces effets en compte courant peut les con-

(1) Signalons, en passant, qu'un peu plus tard, le 10 août 1852, la Cour de Cassation écartait l'application de l'art. 543 en cas de compte courant et que la jurisprudence la suivait dans cette voie (voir, notamment, Trib. de Commerce de Marseille, 5 nov. 1858. *Jurisprudence du Tribunal de Marseille*, t. XXXVII, I., p. 115, et FÉRY, *op. cit.*, p. 232). Elle consacrait ainsi une nouvelle dérogation à une disposition de la loi sur la faillite.

server pour en obtenir le paiement auprès des autres co-obligés.

Logiquement, on devrait décider que la contrepassation annule l'endossement en même temps que le crédit donné en compte courant et que, par suite, les effets doivent être restitués au remettant. La jurisprudence, après quelques décisions dans ce sens, a écarté cette solution et elle est arrivée à cette conclusion que la contrepassation n'annule que le crédit et que le porteur peut conserver les effets et poursuivre les autres co-obligés. Le tableau ci-dessous (1) montre que des arrêts très anciens et les dernières décisions sont favorables à ce point de vue. Entre les deux groupes, nous trouvons quelques décisions contraires ; c'est une évolution que nous avons déjà remarquée dans des questions précédentes. Nous examinerons d'abord les arrêts favorables, puis nous chercherons à expliquer les décisions rendues en sens opposé.

En faveur de la contrepassation avec maintien des effets au porteur, la Cour de Cassation cassait, le 27 novembre 1827, un jugement du Tribunal de Commerce de Morlaix du 19 novembre 1823, confirmé par la Cour de Rennes, le 7 avril 1824. Mais c'est dans un arrêt rendu par la Cour de Bourges, le 11 février 1829, que nous trouvons, pour la première fois, les motifs les plus caractéristiques. L'espèce était la suivante : Un négociant en compte courant avec un commerçant, depuis tombé en faillite, est porté sur les livres du failli comme débiteur de certaines sommes, tandis que, dans la réalité, il se trouve créancier de

(1) Tableau de la jurisprudence sur la question de la propriété des effets contrepassés :

Décisions favorables	Décisions défavorables
Cass., 27 nov. 1827. D. 28. 1. 32.	Cass., 15 mars 1848. S. 48. 1. 257.
Bourges, 11 fév. 1829. D. 29. 2. 243.	Bordeaux, 17 juin 1857. Journ. arr. Bordeaux.
Cass., 5 fév. 1861. S. 61. 1. 491.	Poitiers, 14 fév. 1889. S. 92. 2. 311.
Rouen, 29 fév. 1877. D. 77. 2. 82.	
Cass., 19 nov. 1888. D. 89. 1. 409.	
Cass., 9 mai 1892. D. 93. 1. 477.	
Montpellier, 19 janv. 1899. D. 01. 2. 289.	
Caen, 28 janv. 1899. D. 01. 2. 289.	
Paris, 14 juin 1900. D. 01. 2. 169.	
Cass., 17 oct. 1900. S. 01. 1. 291.	
Cass., 13 fév. 1906. S. 07. 1. 169.	

plus forte somme comme porteur de traites à lui remises par le failli et qui n'ont pas été acquittées. Dans ce cas, la Cour décide qu'il s'opère une compensation entre eux jusqu'à concurrence de la somme dont ce négociant est débiteur envers la masse et qu'il ne doit figurer à la faillite que comme créancier du surplus. Ainsi, les livres du failli portaient, par exemple, que le correspondant était créancier, par compte courant de 100 et débiteur de 150, dont 75 à raison d'effets remis par le failli. Au total, le correspondant est débiteur de 50 envers la faillite. Mais, les effets n'étant pas payés à l'échéance, il se retourne contre le précédent endosseur et, à ce titre, devient créancier de 75. La Cour décide qu'il s'inscrira pour 25 comme créancier de la faillite, ce qui revient à admettre la contrepassation des effets impayés. Elle ajoute ensuite que l'effet de la compensation autorisée « n'est point tel que le négociant soit tenu de remettre à la faillite la partie des effets impayés équivalents à la somme dont il est débiteur ; *il est, au contraire, fondé à retenir ces effets en totalité pour s'en faire payer, s'il le peut, par tous les autres signataires* ».

Assez longtemps après, nous allons voir la question se préciser et la distinction apparaître entre l'annulation du crédit et l'annulation de l'endossement. Voici l'espèce tranchée par la Cour de Cassation, le 5 février 1861 : G... a ouvert un compte courant à D... qui le couvre par des traites notamment tirées par D... sur B... ; B... vient à tomber en faillite ; des effets reviennent impayés sur lesquels la faillite de B... donne à G... 50 % de leur valeur. Ces effets sont contrepassés par G... au débit de D... ; D..., à son tour, tombe en faillite ; G... se présente à cette faillite pour le montant total des traites qui lui ont été partiellement payées. Les syndics refusent de l'admettre, disant que, par le jeu de la clause « sauf encaissement », l'endossement des effets a été annulé ; que, par suite, G... ne peut se présenter à la faillite que pour le solde de son compte courant rectifié par la contrepassation et déduction faite des acomptes touchés sur les traites partiellement payées.

Le Tribunal de Commerce de Nantes, le 16 novembre 1859,

et la Cour de Rennes, le 30 avril 1860, repoussent cette manière de voir : G... n'a acquis la propriété des effets endossés que sous condition résolutoire à son profit en cas de défaut d'encaissement. Mais la résolution n'a jamais lieu de plein droit et le créancier a toujours le droit d'y renoncer. G... est donc devenu propriétaire des effets endossés sauf son droit de demander la résolution du contrat faute d'exécution.

D'autre part, G... se trouve dans les conditions prévues par l'art. 542 C. Com. et la négociation en compte courant n'a nullement modifié ses droits : l'annulation du crédit en compte courant avec report au débit de D... lui a laissé en même temps la qualité de créancier et consacre le droit que l'art. 542 a voulu lui réserver.

La Cour de Cassation rejette le pourvoi formé contre cette décision : « Attendu que la propriété d'une lettre de change se transmet par endossement régulier et que cette transmission confère au porteur de la lettre le droit d'en exiger le paiement solidaire de tous ceux qui l'ont signée, acceptée ou endossée ; que par suite, aux termes de l'art. 542, il a droit, lorsque ces signataires sont tombés en faillite, de participer aux distributions dans toutes les masses et d'y figurer pour la valeur nominale de son titre jusqu'à parfait paiement ; que vainement le demandeur se prévaut de la clause « sauf encaissement » exprimée ou sous-entendue, dans la négociation d'une lettre de change remise en compte courant par l'un des contractants à l'autre, prétendant que cette clause constitue une condition résolutoire qui s'opère de plein droit contre le gré même du porteur, lorsque l'encaissement ne s'accomplit pas et efface, dans les mains de ce porteur, la *propriété* de la lettre de change qui ne lui aurait été transmise que conditionnellement ; que la clause « sauf encaissement » exprimée ou sous-entendue dans le contrat de compte courant y a été introduite dans l'intérêt de celui qui reçoit les traites et pour la sécurité de ses relations avec l'envoyeur dont les créanciers, en cas de faillite de celui-ci, ne peuvent opposer au porteur, lorsqu'il juge utile d'y renoncer, la résolution facultative renfermée dans cette clause. »

Nous n'insistons pas sur ce dernier point qui fera l'objet d'une étude spéciale un peu plus loin. Nous nous contenterons, pour le moment, de souligner l'opinion de la Cour suprême sur la question de la propriété des effets contrepassés. Cette propriété n'est pas perdue par le fait de la contrepassation. Comme le dit, le 29 février 1877, la Cour de Rouen, « le seul effet produit par le défaut de paiement à l'échéance se résolvant en une contrepassation d'écritures, ce qui était au crédit conditionnel du remettant est simplement reporté à son débit par suite de l'inexécution de sa promesse, mais cela ne modifie ni n'altère le *caractère définitif de propriété* imprimé par la transmission des effets, quels que soient les événements ultérieurs ; qu'ainsi, de ce que le recevant a contrepassé au débit du remettant, à défaut de paiement aux échéances, les sommes conditionnellement créditées par lui, et pratiqué une opération qui est de l'essence même du compte courant, on ne peut induire que le recevant a renoncé à la propriété des effets qui lui avaient été régulièrement transmis ; que, loin de les retourner au remettant, il les a conservés entre ses mains et que c'est avec raison qu'il se prévaut d'un droit légitime ».

Si donc, le réceptionnaire conserve la propriété des effets remis en compte courant et impayés à l'échéance, il peut s'en servir pour réclamer le paiement à tous les signataires, pourvu bien entendu que la faillite lui doive encore quelque chose, c'est-à-dire que, compte tenu de la contrepassation, le solde du compte courant soit en sa faveur. D'autre part, l'application de l'art. 542 C. Com. à cette situation conduit aux conséquences suivantes : la contrepassation ne peut se faire que dans un sens : si le réceptionnaire obtient de l'un des co-obligés un paiement partiel, il pourra continuer à produire à la faillite pour le chiffre initial. C'est ce qui est mis en lumière par un arrêt de la Cour de Paris, du 14 juin 1900, réformant un jugement du Tribunal de Commerce de la Seine, du 28 avril 1897 : « Il est admis par les parties elles-mêmes et par le Tribunal que les effets de commerce ne sont portés au crédit du banquier recevant que sauf encaissement ; qu'en cas de faillite, le compte courant se trou-

vant clos par cet événement, son solde ne peut être modifié que par un contrepassement au débit du failli à raison du non-paiement des effets à l'échéance. Que, par application de l'art. 542 C. Com., les paiements partiels faits par les co-obligés aux mains d'un tiers porteur d'engagements solidaires *ne peuvent donner lieu à un nouveau contrepassement au crédit du failli cette fois*, le créancier porteur de ces engagements ayant le droit de participer dans toutes les masses pour la valeur nominale de son titre jusqu'à parfait paiement. »

La Cour de Paris va même plus loin, elle ajoute : « Considérant que la même solution s'imposait *au cas de paiement intégral de ces effets* postérieurement à l'échéance ; que, d'une part, l'art. 542 est général et ne limite pas son application au cas de paiement partiel ; que, d'autre part, la raison qui a fait édicter cet article dans l'intérêt du créancier porteur de ces engagements s'impose avec la même force dans les deux cas ; qu'en effet, ces valeurs sont considérées comme remises en garantie non du remboursement d'espèces versées à ce moment par le banquier, mais de la totalité du compte courant, ou plutôt de son solde formant un tout indivisible. »

Nous atteignons ainsi le dernier stade de l'évolution de la jurisprudence sur la question. Le principe de l'indivisibilité, qui semblait mis en défaut par la faculté de contrepasser, se trouve remis en faveur et vient justifier, à point, une solution adoptée par la jurisprudence, principalement en vue de garantir les banquiers qui ouvrent à leurs clients des crédits sous forme de compte courant. Elle en développait ainsi l'usage et, en définitive, répondait aux désirs des commerçants intéressés.

Dans le dernier état de la question, il semble donc que le réceptionnaire des effets les conserve après contrepassation, non pas à titre de propriétaire, mais simplement à titre de gagiste pour garantir le solde du compte. C'est la théorie soutenue par M. THALLER dans une note sous un arrêt de Cassation du 13 février 1906 (1). La contrepassation ne serait donc pas

(1) Cass., 13 fév. 1906. D. 07. 1. 169.

un simple jeu d'écritures. Elle aurait pour effet d'annuler le crédit et de retransférer la propriété au remettant, tandis que le recevant conserverait la détention, à titre de gage, des effets impayés.

Si l'on s'arrête à cette dernière opinion, on est obligé de constater que la contrepassation a des conséquences différentes suivant que le remettant est *in bonis* ou en faillite et que, dans cette dernière hypothèse, un nouveau droit de préférence, un droit de gage, vient se superposer à la faculté de contrepasser déjà reconnue par les tribunaux.

Ceux-ci ont, d'ailleurs, eu quelque mal à admettre cette nouvelle faveur. La Cour de Cassation, dans son arrêt du 15 mars 1848, que nous avons déjà cité (1), a commencé par s'y opposer. « Attendu qu'en admettant même que la passation au crédit de X... (le remettant) dans son compte courant avec Y... du montant des traites envoyées à ce dernier, a été conditionnelle et subordonnée à l'événement ultérieur de l'encaissement, Y... n'aurait pu en demander l'annulation qu'en justifiant que les traites ne lui avaient pas été payées et en les restituant matériellement à Y... »

De même, la Cour de Bordeaux juge, le 17 juin 1857, que le banquier qui a reçu en compte courant des effets impayés à leur échéance ne les garde par devers lui, après en avoir fait la contrepassation, qu'à titre de dépôt, ou tout au plus de garantie, sans qu'il puisse jamais exercer aucun recours contre le remettant *ni refuser de les lui restituer, ni prétendre les conserver pour en poursuivre le paiement contre les souscripteurs et endosseurs.*

Cette opinion paraissait depuis longtemps abandonnée et la jurisprudence contraire analysée plus haut semblait l'avoir définitivement emporté, quand on vit, le 14 février 1889, la Cour de Poitiers rendre un arrêt qui refusait au porteur le droit de conserver les effets impayés. Depuis cet arrêt, personne ne paraît plus avoir soutenu cette thèse; aussi nous semble-t-il nécessaire d'examiner de près cette décision, pour voir si les

(1) Voir ci-dessus, p. 116.

circonstances de l'affaire n'étaient pas de nature à la justifier. L'espèce se présentait de la façon suivante : P... a remis à B..., avec lequel il est en compte courant, des effets sur M... ; à l'échéance, M... étant insolvable, B... contrepassa l'effet remis par P... et le lui renvoie. P... accepte l'annulation de sa remise. Dans le règlement de compte qui intervient ensuite entre P... et M..., l'effet impayé est porté au crédit de P... avec frais de retour et de protêt. A la suite de sa contrepassation, B... ne se considérerait plus comme créancier de M... du chef des effets. Mais, par la suite, P... remet à nouveau les effets en question à B... pour qu'il poursuive M..., non pas au nom de P... qui a été crédité, mais en son ancienne qualité de tiers porteur. D'autre part, le compte entre P... et B... s'est réglé sans difficulté, P... versant à B... le solde dont il était débiteur. Tous les comptes étant liquidés, on voit qu'en définitive si B... avait obtenu satisfaction, il aurait réussi à faire payer M... à nouveau, en monnaie de faillite sans doute, mais bien une seconde fois.

La Cour de Poitiers a naturellement rejeté ces prétentions, mais elle a cru bon d'ajouter, pour justifier sa décision, les attendus suivants :

« Attendu qu'en droit, le récepteur en compte courant qui opère contrepassation d'écritures et qui porte ce fait à la connaissance du cédant, cesse d'être propriétaire des valeurs : qu'il ne peut plus poursuivre le paiement de celles-ci pour son propre compte ; qu'il a bien qualité, il est vrai, comme maître apparent, pour s'adresser au débiteur ; mais qu'il agit alors comme simple mandataire du cédant, non comme tiers porteur proprement dit ; qu'il peut dès lors être repoussé par toutes les exceptions dont le cédant serait passible ; *que cet abandon de propriété s'accuse avec plus d'énergie encore si le récepteur retourne au remettant les effets protestés.* »

La situation particulière des parties ne permettait évidemment pas à la Cour d'autoriser la poursuite du récepteur, mais l'argument du mandat qu'elle met en avant semble bien avoir été inventé pour les besoins de la cause. Quoi qu'il en soit, cette opinion n'a pas eu de succès et la jurisprudence semble aujour-

d'hui solidement établie en sens opposé. Nous devons en conclure que les intéressés, principalement les banquiers, après avoir fait accepter la contrepassation par leurs clients, puis par les tribunaux, ont réussi à se faire reconnaître un véritable droit de rétention qui double leur garantie au cas de faillite de leur correspondant, mais que ni la logique, ni le droit commun ne leur permettaient d'espérer.

Nous disons les banquiers, car ce sont évidemment et surtout eux qui profitent de ces dispositions. Les développements qui suivent vont, pensons-nous, mettre ce point en lumière.

c) *La contrepassation est-elle obligatoire pour le récepteur ?*

Nous avons déjà trouvé, dans des arrêts précédemment cités, la réponse à cette question. La Cour de Cassation, dans l'arrêt du 5 février 1861, déclare « que la clause « sauf encaissement », exprimée ou sous-entendue dans le contrat de compte courant, y a été introduite dans l'intérêt de celui qui reçoit les traites et pour la sécurité de ses relations avec l'envoyeur dont les créanciers, en cas de faillite de celui-ci, ne peuvent opposer au porteur, lorsqu'il juge utile d'y renoncer, la résolution facultative renfermée dans cette clause ».

Autrement dit, si la clause de « sauf encaissement » est réciproque quand les correspondants sont *in bonis*, elle ne l'est plus quand le remettant est en faillite. Alors, le récepteur seul a la faculté d'effectuer la contrepassation et le remettant ne peut l'y obliger.

Pour la sécurité du commerce de banque et le développement du compte courant, il était évidemment nécessaire que la faculté de contrepassation obtenue par le récepteur ne se retournât pas contre lui. La jurisprudence lui reconnut donc le droit de conserver les effets contrepassés et elle refusa simultanément, au remettant, le droit d'exiger la contrepassation. Ce ne fut pas tout : poursuivant toujours le même but, elle réussit encore, dans le cas de faillite du récepteur, à favoriser le correspondant qui reçoit les effets, c'est-à-dire ordinairement le banquier.

B) *Faillite du récepteur*

Le fait que le récepteur est en faillite ne change rien à la situation d'après la décision des tribunaux : le remettant n'aura pas plus que dans le cas précédemment étudié, le droit d'exiger la contrepassation. Cependant, il peut avoir intérêt à le faire si, le compte se soldant à son profit, le dividende qu'il doit retirer de la faillite de son correspondant est moins élevé que la somme à recevoir du débiteur des traites.

La jurisprudence, après avoir commencé par admettre la contrepassation en faveur du remettant, a, depuis 1851, pour ainsi dire, toujours décidé en sens contraire. Le tableau (1) — voir ci-dessous en note — des différentes décisions rendues sur la question permet de se rendre compte de ce revirement que nous essaierons d'expliquer.

Il semble bien que le motif véritable des décisions rendues en faveur de la contrepassation au profit du remettant ait été le souci de maintenir la réciprocité entre les deux correspondants et, par là, de sauvegarder l'équité. C'est cet argument que la Cour de Paris s'est attachée à mettre en relief dans son arrêt du 23 février 1850. Cependant, si l'on y regarde de plus près, il est facile de voir que la situation des deux correspondants n'est pas comparable et que l'intention des parties, quoique non révélée, est opposée à la contrepassation au profit du remettant. Tandis qu'on comprend sans peine que le récepteur, qui donne à la remise des effets un crédit immédiat, soit désireux de ne pas garder à sa charge les non-valeurs, on ne s'expliquerait pas que le remettant pût profiter du non-paiement à l'échéance pour

(1) Tableau de la jurisprudence sur la question de la contrepassation en cas de faillite du récepteur :

Décisions favorables	Décisions défavorables
Paris, 21 avril 1849. S. 49. 2. 300.	Paris, 22 janv. 1851. J. P. 51. p. 646.
Paris, 23 fév. 1850. D. 54. 5. 174.	Req., 14 mai 1862. S. 62. 1. 499.
	Lyon, 17 nov. 1863. D. 64. 2. 39.
	Colmar, 3 août 1864.
	Rennes, 27 nov. 1867. S. 68. 2. 142.
	Grenoble, 8 mars 1872. S. 72. 2. 142.
	Rouen, 19 fév. 1877. D. 77. 2. 82.

retirer au récepteur des effets dont celui-ci a, à l'avance, fourni la contrepartie.

En particulier, si le récepteur est un banquier qui ouvre un crédit en compte courant, la condition « sauf encaissement » est sans aucun doute stipulée dans son intérêt. Le banquier ne peut faire l'avance de ses fonds sans une garantie sérieuse, tandis qu'au contraire aucune raison pratique ne peut être mise en avant pour accorder le bénéfice de la contrepassation au crédité.

En outre, d'une façon générale, si l'on avait accepté la contrepassation au profit du remettant, les conséquences de cette manière de faire auraient été très graves ; car, autour d'une faillite, tous les correspondants en compte courant auraient pu, en refusant le paiement à l'échéance, ou en provoquant le non-paiement, retirer une masse considérable d'effets dont l'actif aurait été privé.

Signalons enfin, bien que cet obstacle n'eût vraisemblablement pas empêché l'usage de triompher, s'il avait été contraire, que l'art. 574 C. Com. refuse la revendication des effets de commerce à moins que les remises aient été spécialement affectées à des paiements déterminés, ce qui n'est pas le cas dans le compte courant.

Plusieurs raisons importantes d'ordre pratique s'opposaient donc à l'admission de la contrepassation en faveur du remettant ; le texte de la loi poussait à la même solution ; par suite, il n'est pas étonnant qu'après avoir suivi cette voie dans ses premières décisions, la jurisprudence l'ait abandonnée par la suite ainsi qu'on vient de le montrer. Dans l'espèce soumise à la Cour de Paris, le 22 janvier 1851, il s'agissait d'une ouverture de crédit en compte courant. Il y avait donc une raison déterminante pour repousser la contrepassation. Aussi la Cour s'exprime-t-elle ainsi : « Considérant qu'en vain on excipe de la condition exprimée ou sous-entendue que toutes les remises faites en compte courant n'ont lieu que sauf encaissement ; qu'en supposant que le remettant puisse profiter de la condition dont le bénéfice appartient à celui qui a accepté les remises, cette condition ne change pas la nature de la transmission de propriété

des effets au profit de celui qui a reçu la remise ; que non seulement la propriété a été transmise dans l'espèce, comme dans toute transmission d'effets de commerce par voie d'endossement, mais encore qu'elle a été la conséquence de l'obligation pour la maison G... (banquier) de fournir les contre-valeurs en espèces, de les fournir chaque jour., »

A partir de cette époque, la jurisprudence est unanime à repousser la contrepassation réclamée par le remettant.

Dans l'arrêt du 14 mai 1862, la situation des parties était la suivante : L... était en compte courant avec M..., banquier. M... fut déclaré en faillite le 4 mars 1861. Le 21 février précédent, il avait reçu de L... une traite de 500 francs sur un négociant de Paris. Les syndics s'opposèrent à la restitution de cet effet à l'envoyeur et réclamèrent le droit de le maintenir au compte courant pour en toucher le montant au profit de la masse, en réglant les droits de l'autre partie d'après le solde du compte courant. Ce solde était, d'ailleurs, en faveur du remettant et le dividende que la faillite devait lui payer était inférieur à la valeur de la traite. Le récepteur avait donc intérêt à maintenir l'effet au crédit du remettant puisque, par ce moyen, il ne tenait compte de l'effet qu'en dividende et qu'il gardait l'action contre le souscripteur pour en tirer la somme totale.

Sur cette affaire, le Tribunal de Sens avait décidé : « Chacune des parties en compte courant devient propriétaire des effets cédés par endos régulier avec la faculté et non l'obligation de les retourner en cas de non-paiement à son cédant. »

La Cour de Cassation admettait dans le même sens « que la clause de sauf encaissement, exprimée ou sous-entendue, ne suspend pas la propriété des effets transmis dans les mains du recevant jusqu'à l'événement du paiement réel de ces effets ; qu'elle crée seulement au profit de celui-ci, pour le cas où les effets ne sont pas payés à l'échéance, une condition résolutoire qui autorise le recevant à contrepasser au débit du remettant le montant des valeurs impayées qu'il avait d'abord, et sauf encaissement, inscrites au crédit de celui-ci ; *que cette résolution est un droit dont M..., dans l'espèce le recevant, était libre d'user*

ou de ne pas user selon le soin de son propre intérêt; que le défaut de paiement à l'échéance, qui constitue une inexécution de la promesse de L... sous la foi de laquelle le billet en litige a été reçu par M... et par lui porté au crédit de L..., ne peut autoriser celui-ci à exiger que l'effet soit contrepassé à son débit et qu'il lui soit remis en nature ».

La Cour de Lyon, le 17 novembre 1868, tranche dans le même sens une contestation analogue. Il est vrai que, dans l'espèce qui lui était soumise, il était avéré que le remettant, dès qu'il avait appris la faillite du récepteur, s'était empressé d'écrire à tous les débiteurs de ne pas payer leurs traites passées à l'ordre du failli, de les laisser protester et de ne se libérer qu'entre ses mains. La Cour maintient donc les effets à la masse de la faillite : « Attendu qu'en l'absence de toute condition autre que l'obligation du crédit à donner en compte courant, ces effets sont la propriété de la faillite conformément à l'art. 574 C. Com. qui établit les divers cas de revendication ; attendu que les clauses de sauf encaissement ou retour sans frais ne suspendent pas la propriété des effets transmis régulièrement ; attendu que la clause de sauf encaissement crée, au profit du recevant seulement et dans le cas où les effets ne seraient pas payés à l'échéance, une condition résolutoire qui autorise le recevant à contrepasser au débit du remettant le montant des valeurs impayées dans le cas où il juge à propos de le faire... ; attendu d'ailleurs que dans l'espèce les traites revenues impayées l'ont été, non par suite de l'insolvabilité des tiers qui avaient provision, mais bien parce que M... (le remettant) avait donné ordre de ne pas payer et avait touché lui-même cette provision ; attendu que, quelles que soient les conséquences malheureuses qui peuvent en résulter pour M..., *il n'avait pas le droit de reprendre d'une manière détournée la propriété d'effets, dont il avait librement disposé, à charge seulement d'en être crédité en compte.* »

Citons, enfin, l'arrêt de la Cour de Rouen du 19 février 1877, d'après laquelle : « S'il est de jurisprudence constante que la clause « sauf encaissement » est sous-entendue dans les remises

d'effets en compte courant, il n'en résulte pas, comme le prétend le remettant, qu'il puisse réclamer cette clause à son profit comme une condition résolutoire réciproque anéantissant les effets du contrat de compte courant ; que ce droit de résolution facultative *exclusivement créé en faveur du banquier comme garantie du crédit provisoire qu'il ouvre à l'endosseur*, ne peut profiter à celui qui reçoit des espèces en échange des billets qu'il négocie. »

Et ce dernier arrêt, en même temps qu'il précise les conditions d'application et la portée de la clause sauf encaissement, nous découvre son origine. La jurisprudence n'a consacré le droit de résolution facultatif au profit du récepteur qu'en considération de l'intérêt des banquiers. Elle a d'ailleurs eu sur ce point l'assentiment des négociants qui, pour obtenir de ces banquiers des ouvertures de crédit en compte courant, étaient décidés à faire tous les sacrifices.

On ne peut prétendre que ces sacrifices, ce sont les tribunaux qui les ont imposés et que, sans eux, la coutume n'aurait pu s'établir. Nous n'en croyons rien. Il était indispensable aux commerçants qui voulaient étendre leurs affaires d'avoir du crédit. Les banquiers étaient prêts à en consentir, sous forme de compte courant. Mais toute avance de fonds ne se conçoit que si elle est accompagnée de garanties suffisantes de remboursement. Or, étant donné, d'une part le fonctionnement du compte courant, d'autre part la réglementation en vigueur, il se trouve que le banquier qui ouvre un crédit est dans une situation pleine de dangers. La convention qu'il impose à son correspondant tendra précisément, dans la mesure possible, à les écarter et à s'assurer, notamment, un traitement privilégié au cas de faillite du crédit. C'est dans cette intention qu'il obtient de celui-ci son accord, pas toujours explicite, il est vrai, sur la faculté de compenser des dettes et des créances qui ne satisfont pas aux conditions posées par les articles 1289 et suivants du Code Civil ; qu'il fait reconnaître comme valables les remises effectuées en période suspecte, contrairement aux dispositions de l'art. 446 C. Com. ; qu'il fait admettre comme

translatifs de propriété les endossements en blanc, contrairement à la présomption de l'art. 138 C. Com. ; qu'il peut enfin se faire reconnaître et se faire réserver à lui seul le droit de contrepasser des effets impayés ou même partiellement payés ; se faire maintenir ce droit, même si les effets ont été négociés, et les conserver finalement, bien que rayés du compte, en garantie du paiement de son reliquat.

Sur chacun de ces points, la jurisprudence n'a fait que suivre et consacrer ce qui se pratiquait dans la vie de tous les jours. Ce n'est pas elle qui a créé, ni imposé les règles que nous l'avons vu élaborer. Elle le reconnaît d'ailleurs elle-même ; combien de fois n'invoque-t-elle pas l'usage constant du commerce à l'appui de sa décision ? Cet usage s'imposait aux intéressés, en dehors de toute intervention du juge, même à ceux qui paraissaient souffrir des règles qu'il comportait. Ceux-là les acceptaient pourtant et les subissaient comme une nécessité parce qu'il ne leur était pas possible de faire autrement ; parce qu'ils avaient besoin de crédit et que ceux qui étaient en mesure de leur en fournir n'acceptaient de le faire que moyennant ces concessions de leur part. On leur demandait de renoncer à la protection qu'ils auraient pu trouver dans la loi strictement appliquée. Si leur intérêt bien compris ne les avait poussés dans cette voie, pense-t-on qu'ils auraient accepté de leur plein gré et qu'ils auraient supporté même une décision en contradiction avec la loi que le juge était chargé d'appliquer ?

Quelques isolés ont essayé de résister contre le mouvement général : ce sont ceux dont les efforts apparaissent dans les procès dont nous avons gardé la trace, mais, par contre, combien d'affaires qui n'ont fait aucun bruit se sont réglées à la satisfaction des deux parties par l'acceptation de ces dérogations diverses à la loi.

Certains tribunaux, à leur tour, ont voulu encourager cette résistance et faire revivre les principes stricts de la loi. Mais leur résistance a fondu, s'est perdue au milieu de la multitude qui continuait à agir à sa convenance, selon son intérêt, en sens opposé. Devant ces tentatives infructueuses les autres tribu-

naux, dans les décisions ultérieures, n'ont eu qu'à se soumettre : c'est l'évolution que nous avons trouvée dans la plupart des cas étudiés. La jurisprudence est ainsi venue consolider et consacrer des usages, en même temps que des dérogations aux lois. Elle les a discutés et précisés, justifiés même ; en leur donnant une forme qui se rapproche de plus en plus de celle de la loi écrite, on pourra dire que de même que le législateur fait une loi, elle aura, de ces usages, fait une coutume. Mais on ne peut méconnaître que si la jurisprudence donne aux dispositions coutumières le fini que réclame la complexité des relations actuelles, ces dispositions sortent de la pratique des intéressés et que leur répétition ou leur pratique généralisée résulte, plus que de la menace d'une sanction sociale, de l'existence de conditions toujours les mêmes, à une certaine époque, conditions telles que les intéressés sont obligés de s'y soumettre pour pouvoir travailler et faire des affaires.

Telle est la conclusion à laquelle nous sommes conduits après avoir étudié la création des « privilèges coutumiers » résultant de l'existence d'un compte courant. Nous avons suffisamment montré que la façon dont ils se sont établis et surtout dont on est arrivé à les justifier, permet de les considérer comme ne constituant pas une dérogation véritable, explicite malgré leur caractère indéniable, en définitive, de privilèges, à des dispositions d'ordre public. Cette prétendue justification consisté à dire que les commerçants ont voulu, lorsqu'ils se sont mis en compte courant, que leur correspondant fût privilégié.

On comprendra qu'une telle justification a bien peu de valeur, car il s'agirait de savoir si ce sont les débiteurs, seuls ou même principalement, que la loi entend protéger en n'admettant d'autres privilèges que ceux établis par la loi. Le prétendu sacrifice que feraient les débiteurs en consentant ainsi valablement un privilège ne leur coûte guère, en effet, car s'il est susceptible, sans doute, de diminuer en définitive leur crédit en général, le sacrifice est supporté en réalité par leurs autres créanciers actuels dont il diminue le gage général. La justification de ces privilèges par le consentement des intéressés est donc plus

apparente que réelle et paraît surtout destinée à masquer la dérogation coutumière à un principe dont le caractère d'ordre public est bien difficilement contestable.

Mais nous allons voir maintenant, dans le chapitre suivant, les usages enfreindre à leur tour des dispositions certainement, incontestablement impératives de la loi, des dispositions légales que la convention des parties ne peut assurément pas modifier ; des usages sanctionnés qu'il sera impossible de justifier, par conséquent, par la volonté même exprimée et, *a fortiori*, sous-entendue ou présumée des co-contractants.

Une convention contraire doit être considérée comme nulle et non avenue ; les victimes des usages avaient, là, la partie belle pour réclamer et, par des attaques continuelles, faire cesser une pratique contre laquelle le législateur avait cherché à les protéger. Cependant, ils n'en firent rien ; nous allons voir pourquoi.

CHAPITRE III

La coutume est arrivée à déroger même aux lois impératives et d'ordre public en matière de compte courant

Dans les chapitres précédents, nous avons vu successivement les commerçants simplifier la tenue de leurs comptes pour en faciliter le règlement, puis s'assurer les garanties les plus larges possibles de façon que les simplifications apportées ne nuisent en rien à la sécurité de leurs affaires.

Si les questions traitées dans le premier chapitre répondent au besoin de *simplification* des négociants, et celles du second au souci de leur *sécurité*, les deux points que nous nous proposons d'examiner maintenant sont relatifs à la *productivité* de leurs affaires.

Toute opération commerciale tend à faire réaliser un bénéfice à celui qui l'entreprend ; le moyen consiste, en général, à tirer le meilleur parti du fonds de roulement dont on dispose. Pour un banquier notamment, qui n'est après tout qu'un « marchand d'argent » ou mieux de crédit, il s'agira de profiter des circonstances et, principalement, du besoin de crédit pour tirer, par un taux d'intérêt ou d'escompte approprié, de cet argent ou de ce crédit, le loyer le plus élevé possible.

Nous avons déjà vu, dans le chapitre I, qu'il était tellement naturel, en matière commerciale, de ne pas laisser des fonds improductifs, que l'usage s'était répandu de faire courir, de plein droit, les intérêts sur les remises faites en compte courant. Il fallait ensuite songer à faire produire le plus possible à ces remises, c'est-à-dire exiger un gros intérêt des correspondants. Les commerçants qui utilisaient le compte courant

n'y firent pas d'opposition parce que, le plus souvent, le taux d'intérêt était réciproque. Mais, comme le législateur avait cru bon, au début du XIX^e siècle, en vertu d'une tradition qui remontait à la plus haute antiquité, de protéger les emprunteurs contre les prêteurs et, à cet effet, d'une part, de limiter le taux de l'intérêt, d'autre part, de prohiber la capitalisation des intérêts à des époques trop rapprochées, un nouveau conflit allait surgir là encore entre l'usage et la loi ; il était d'autant plus grave, cette fois, que les interdictions prononcées par la loi positive étaient considérées, sans hésitation, comme étant d'ordre public et que, par conséquent, l'infraction à ces règles devait entraîner automatiquement la nullité de la convention (art. 6 du C. Civ.).

Cependant, comme on peut s'y attendre, c'est encore l'usage qui est sorti victorieux de ce conflit. Nous allons voir, en premier lieu, comment il a réussi à tourner, puis à abattre les dispositions prohibitives concernant l'usure, puis comment il a obtenu que l'art. 1154 du C. Civ., qui défend l'anatocisme, ne soit pas appliqué aux comptes courants.

§ 1. L'USURE

Les rédacteurs du Code Civil n'avaient pas hésité à reconnaître la légitimité de l'intérêt ; ils avaient donc permis aux parties d'en fixer le taux par leurs conventions ; mais ils avaient eu soin de réserver formellement le droit pour le législateur de limiter ce taux et d'en fixer un à défaut de conventions des parties. Le taux de l'intérêt conventionnel a été fixé par la loi du 3 septembre 1807, dont l'art. 1^{er} est ainsi conçu :

« L'intérêt conventionnel ne pourra excéder en matière civile 5 % et en matière de commerce 6 %, le tout sans retenue. »

Si cette restriction à la liberté des conventions pouvait être justifiée en matière civile, les nécessités du commerce s'en accommodaient mal. Le maximum, fixé par la loi pour le taux de l'intérêt, eut un sort analogue à celui des prix maxima fixés pour les marchandises pendant la période révolutionnaire,

avec lesquels il n'est pas sans analogie. Dès que cette limitation fut gênante, les intéressés cherchèrent à s'en affranchir par des voies détournées. Tous les procédés furent utilisés et ils se manifestèrent dans le fonctionnement des comptes courants, soit à propos de l'escompte des effets, soit à propos des ouvertures de crédit. Nous n'insisterons pas sur les procédés propres aux opérations d'escompte, qui ne relèvent pas directement de notre étude ; signalons, toutefois, en passant, le fait de calculer l'escompte « en dehors » ; par exemple d'escompter à 6 % une traite de 1.000 fr., ce qui, pour trois mois, donne un produit net de 985 fr. et correspond pour l'escompteur à un placement de fonds à 6,09 % par an ; en second lieu, le fait de calculer l'année à 360 jours, au lieu de 365, qui élève un taux conventionnel de 6 % à 6,08 % (1).

Nous considérerons avec plus d'attention les procédés utilisés spécialement dans le compte courant et nous étudierons successivement :

a) La fixation dans un même compte de taux d'intérêts différents pour chaque correspondant ;

(1) Jusqu'en 1886, époque à laquelle les restrictions au taux d'intérêt furent supprimées en matière commerciale, la jurisprudence s'était toujours prononcée contre ce procédé de calcul. « Attendu, dit la Cour de Cassation, le 20 juin 1848, qu'il a été reconnu en fait par l'arrêt attaqué, que dans les règlements semestriels des comptes sur lesquels il avait à statuer, le mode de compter par 360 jours divisés par 60 donnerait un peu plus de 6 % et qu'il a validé cette imputation par le motif que ce mode de compter est consacré par l'usage pour la facilité des comptes, ajoutant qu'au surplus il n'a pas donné dans l'espèce une différence telle que, jointe au droit de commission, elle excédât le taux de la place ; attendu en droit qu'aux termes de la loi du 3 septembre 1807 l'intérêt légal en matière de commerce est fixé à 6 % et que l'intérêt conventionnel ne peut excéder ce taux : *que lorsqu'il existe une loi formelle, on ne peut invoquer l'usage pour abroger ses dispositions, non plus qu'une prétendue facilité de compte qui, fût-elle réelle, ne saurait prévaloir sur un texte exprès de loi* » (S. 48. 1. 433). La Cour suprême déclare dans le même sens, sur le même point, le 4 janvier 1876 : « Si, dans le but de faciliter les comptes, certaines maisons de banque ont l'habitude de se servir de tableaux où les intérêts sont calculés jour par jour sur une année de 360 jours seulement, *cet usage ne saurait prévaloir sur les dispositions de la loi* » (S. 76.1.65). Malgré ces déclarations formelles, qu'on rencontre dans dix arrêts semblables, à savoir que l'usage en question était illégal, il n'en a pas moins persisté. La jurisprudence, malgré son refus de le sanctionner, s'est avérée impuissante à faire cesser cette pratique contraire à la loi. Si on considère la pratique comme suffisamment enracinée et répandue pour s'imposer à tout négociant et, par suite, pour constituer une coutume, on ne peut nier que, dans ce cas particulier, les tribunaux ne sont pour rien dans son établissement et qu'ils ont, au contraire, fait tout ce qui était en leur pouvoir pour l'empêcher de subsister.

- b) La perception d'un droit de commission en sus de l'intérêt ;
- c) La perception d'un nouveau droit de commission sur les reports à nouveau.

a) *Fixation dans un même compte de taux d'intérêts différents pour chaque correspondant*

Pour percevoir un taux d'intérêt supérieur au maximum légal, un premier procédé consiste à convenir que les remises des deux parties ne porteront pas intérêt au même taux, ou bien encore qu'une seule des parties servira des intérêts. On voit facilement que c'est là un procédé détourné pour faire l'usure : le banquier qui prête ses fonds à 6% et en obtient de ses correspondants moyennant 5%, tire un intérêt sans aucune avance de fonds de sa part, ce qui est évidemment le comble de l'usure considérée du point de vue du prêteur.

La jurisprudence, au début, n'a pas semblé voir d'un bon œil ce genre de conventions. Elle a toujours paru, au contraire, admettre la réciprocité et elle a insisté particulièrement pour qu'elle fût observée entre banquier et non-commerçant (1). Comme, d'ailleurs, elle autorise simultanément le banquier à percevoir le taux de 6%, elle permet ainsi indirectement à son correspondant, qui ne fait pas toujours des opérations de commerce, de percevoir un taux qui, pour lui, dépasse le taux légal. Cependant, l'usage n'en a pas moins persisté d'appliquer des taux différents à chacune des parties ou, ce qui revient au même, de compter différemment les jours de valeur : en avance pour l'un des correspondants et en retard pour l'autre. On pourrait l'expliquer par ce fait que les tribunaux ont eu rarement à s'occuper de cette question et que leurs décisions ont été trop peu nombreuses pour avoir de l'influence sur l'usage. Constata-t-on, néanmoins, que, quoi qu'il en soit, la jurisprudence n'a eu, là encore, aucune influence sur ce dernier et voyons si elle a été plus heureuse dans une question grave et importante où

(1) Bordeaux, 4 juillet 1832, 10 août 1838 ; Orléans, 12 août 1840 ; Bourges, 14 février 1854 ; Cassation, 11 mars 1856.

les décisions sont multiples, celle de la perception du droit de commission sur les ouvertures de crédit.

b) *Droit de commission sur les ouvertures de crédit*

D'une manière générale, la thèse des banquiers pour légitimer cette perception est que tout service doit être rémunéré. L'application de ce principe aux opérations d'escompte leur avait permis de prélever — et cette pratique avait été sanctionnée par les tribunaux — en sus de l'intérêt de l'argent avancé, un pourcentage plus ou moins élevé pour frais de change, commission d'encaissement, etc., de sorte qu'au total l'intérêt perçu était, là aussi, supérieur au taux légal. La jurisprudence avait, au début du XIX^e siècle, admis la distinction suivante : le taux de 6 % devait être respecté s'il s'agissait d'un prêt pur et simple ; il pouvait, au contraire, être dépassé s'il y avait eu contrat de change ; tout revenait donc à déterminer l'intention des parties à faire l'une ou l'autre opération. Avec de semblables dispositions de la jurisprudence, il semblait facile de faire triompher devant les tribunaux une thèse analogue en matière de compte courant.

Sur ce point, la pratique est la suivante : le taux de 6 % est perçu sur les avances faites au bénéficiaire du crédit ; en outre, une commission est prélevée à la signature de la convention, que le bénéficiaire use ou n'use pas des facilités qui lui sont accordées. Pour justifier cette manière de faire, on dit que le banquier qui a consenti une ouverture de crédit est obligé de garder à sa disposition certains capitaux, qu'il ne peut, par conséquent, engager dans des opérations de longue durée et dont il ne peut ainsi tirer complètement parti. La commission d'ouverture de crédit serait destinée à compenser cette perte. Du point de vue du banquier, il n'y a donc peut-être pas, si l'on considère ses opérations en bloc, perception d'un intérêt supérieur au taux légal. Mais, du point de vue du négociant qui utilise le crédit, la commission ajoutée à l'intérêt peut dépasser 6 %, et généralement le dépasse d'une manière sensible.

Il y a donc, au préjudice de l'une des parties, infraction à la loi de 1807 et c'est ainsi que la question a été souvent posée devant les tribunaux.

A priori, rien ne semblait devoir faire pencher la balance en faveur des banquiers ; au contraire, d'un point de vue strictement équitable et pour répondre au désir du législateur, il semblait plus indiqué de limiter le taux à payer par les négociants au maximum fixé par la loi, quitte, pour les banquiers, à rester au-dessous du maximum qu'il leur était permis de percevoir.

Cependant, l'usage s'était établi en faveur du droit de commission : les banquiers ne donnaient leur concours et leur argent qu'à cette condition ; les négociants furent bien obligés de s'y soumettre. Que devait faire le juge en présence de cette infraction manifeste à la loi ? Nous allons voir que, comme d'habitude, certains tribunaux reconnurent d'abord cet usage ; puis, une réaction se produisit, traduite par un certain nombre de décisions en sens contraire ; puis, peu à peu, tous les jugements finirent par autoriser la perception du droit de commission. Le tableau donné ci-dessous, en note (1), permet de se rendre compte de cette évolution.

(1) Tableau de la jurisprudence sur la question du droit de commission perçu à propos des ouvertures de crédit en compte courant :

Décisions défavorables	Décisions favorables
Bourges, 18 déc. 1839. S. 40. 2. 257.	Dijon, 24 août 1832. S. 35. 1. 334.
Bourges, 3 mai 1844. S. 45. 2. 596.	Cass., 12 nov. 1834. S. 35. 1.334.
Dijon, 1845, sous Cass. 24 avril 1849.	Grenoble, 16 fév. 1836. S. 37. 2. 361.
S. 49. 1. 737.	Grenoble, 31 août 1839. S. 40. 1. 898.
	Cass., 14 juill. 1840. S. 40. 1. 898.
	Grenoble, 24 fév. 1841. D. 42. 2. 91.
	Colmar, 11 mai 1842. D. 45. 1. 314.
	Grenoble, 15 mars 1844. S. 46. 2. 458.
	Trib. Com. Dijon, 26 sept. 1845, sous S. 49. 1. 737.
	Grenoble, 1 ^{er} avril 1846. S. 46. 2. 460.
	Trib. Laon, 19 août 1847. S. 47.4. 41.
	Bourges, 14 fév. 1854. S. 54. 2. 531.
	Cass., 8 juil. 1851. S. 51. 1. 501.
	Cass., 11 mars 1856. S. 56. 1. 729.
	Cass., 17 mars 1862. D. 62. 1. 236.
	Cass., 17 nov. 1864. D. 65. 1. 54.
	Cass., 14 juin 1870. S. 70. 1. 399.
	Orléans, 17 fév. 1881. S. 82. 2. 245.
	Et tous les arrêts relatifs à la perception d'un droit de commission sur les reports à nouveau.

Dans une des premières affaires soumises aux tribunaux à ce sujet, les deux parties étaient en compte courant et avaient convenu, en sus de l'intérêt à 6 %, un droit de commission de 1 1/2 % sur les sommes avancées par le banquier et sur le solde de chaque compte trimestriel reporté comme une nouvelle avance. Après la faillite du correspondant du banquier, les syndics soutiennent qu'il n'est dû de droit de commission que pour les sommes réellement avancées et pas pour les reports. Le Tribunal de Commerce de Beaune accueille leur demande le 27 février 1832 et la Cour de Dijon, en repoussant le droit de commission pour les reports, l'accepte pour les avances (24 août 1832). La Cour de Cassation confirme sa décision (12 novembre 1834) (1).

Le droit de commission est également admis en sus de l'intérêt légal par la Cour de Grenoble, dans ses deux arrêts de 1836 et 1839, dans l'un desquels on lit : « Attendu que ces opérations (la remise de traites en compte courant) constituent ce qui, dans le commerce, est considéré comme opérations de banque à raison desquelles les banquiers perçoivent, indépendamment de l'intérêt commercial, un escompte et droit de commission pour le change, frais et bénéfices ; que *temps*, l'escompte et le droit de commission *suivent les variations du des lieux où se font les opérations et de la plus ou moins grande abondance de l'argent sur la place* ; que, dans cette incertitude, la loi ne pourrait fixer le taux de l'escompte, la commission et le droit de change. »

La Cour suprême se prononce dans le même sens, le 14 juillet 1840, dans les termes ci-après : « Attendu qu'il est d'usage incontestable, dans le commerce, qu'une commission soit allouée au banquier qui, en ouvrant un crédit, est obligé d'avoir toujours un capital à la disposition de l'emprunteur, que celui-ci s'en serve ou non. »

A la même époque cependant, la Cour de Bourges décidait, dans deux arrêts successifs, que le banquier n'avait droit à

(1) Voir références au tableau.

aucune commission sur les sommes sorties directement de sa caisse, ni sur les valeurs qu'il donne au lieu d'argent. Cette opinion se manifeste encore dans un arrêt de la Cour de Dijon, de 1845, réformant un jugement du Tribunal de Commerce de cette ville favorable à la perception du droit de commission. Mais, à partir de cette époque, la jurisprudence se prononce constamment en faveur de la commission. La Cour de Grenoble, notamment, dans une série d'arrêts déclare « qu'en dehors de l'intérêt légal, tout banquier qui ouvre un crédit a droit à un droit de commission, justifié par la rémunération des fonds qu'il tient en caisse pour faire face au crédit » et que « la commission est légitime du moment qu'il ne s'agit pas d'un simple prêt, mais d'un compte courant ». Il est inutile de reproduire tous les attendus qui se répètent dans les décisions ultérieures. La question ne se discute plus. La solution adoptée est consacrée par une longue série d'arrêts, et non seulement par ceux qui traitent uniquement de la commission d'ouverture de crédit, mais par toute une série de décisions nouvelles rendues sur une question voisine que nous allons examiner à son tour.

e) *Droit de commission sur les reports à nouveau*

Après avoir toléré une véritable infraction à la loi de 1807, au préjudice des négociants qui utilisent les ouvertures de crédit en compte courant, la jurisprudence allait être à nouveau sollicitée d'admettre une dérogation plus large encore. En effet, le principe de la commission étant accepté et, d'autre part, les comptes se réglant tous les six ou trois mois, l'usage se répandit, imposé par les banquiers et accepté par leurs clients, de prélever un nouveau droit de commission sur le solde du compte reporté à nouveau. Cette pratique pouvait se justifier, sans doute, par le fait que le solde débiteur du compte n'étant pas payé par le négociant à l'époque du règlement, le banquier, en le reportant à nouveau, ouvrait en quelque sorte un nouveau crédit, se trouvait ainsi privé d'une rentrée de fonds sur laquelle il avait pu compter et obligé de suppléer à

ce déficit dans sa caisse en se procurant de nouveaux capitaux. Un tel service méritait évidemment une rémunération. Mais il en résultait pour l'autre partie, d'une part, que la commission prélevée sur le solde brut du compte portait indistinctement sur les sommes avancées, sur l'intérêt de ces sommes et sur les précédentes commissions elles-mêmes, et, d'autre part, qu'à la fin de l'année, le taux d'intérêt auquel le négociant avait emprunté dépassait notablement le taux limite de 6 % fixé par la loi.

La jurisprudence ne pouvait évidemment pas admettre cette manière de faire ; elle repoussa donc, pendant longtemps, la prétention des banquiers. Mais vingt années de décisions défavorables ne changèrent rien à un usage adopté par les deux parties, même par les négociants qui, en renonçant à la protection de la loi, obtenaient, en échange, un crédit de plus en plus nécessaire à leurs opérations. Quelques Cours d'appel commencèrent donc à constater la persistance de cet usage et imposèrent aux plaignants qui s'adressèrent à elles, une pratique que la plupart des commerçants acceptaient sans récrimination et même bien volontiers.

Puis, les décisions favorables devinrent de plus en plus fréquentes et l'on ne vit bientôt plus qu'une seule Cour d'appel, celle d'Angers, rester immuablement attachée à la jurisprudence primitive. Trois de ses décisions furent successivement cassées par la Cour suprême de sorte qu'à la veille du vote de la loi de 1886, qui supprimait la limitation du taux de l'intérêt en matière commerciale, on peut dire que l'évolution était terminée et que la jurisprudence était unanime. Le point de savoir si la commission devait être admise sur les reports était considéré comme une question de fait et cette commission pouvait être perçue s'il était établi qu'elle constituait pour le banquier la juste rémunération d'un service rendu.

Le tableau de la jurisprudence que nous donnons ci-contre, en note (page 143), est destiné à permettre de se rendre compte de l'évolution que nous venons de signaler. Il convient maintenant d'examiner les arguments mis en avant dans les différents arrêts, soit dans un sens, soit dans l'autre.

Dans un arrêt, dont nous avons déjà parlé au § *b* ci-dessus (1), la Cour de Dijon avait accepté, le 24 août 1832, la perception d'un droit de commission sur les ouvertures de crédit, mais elle refusait de l'admettre sur les reports : « Considérant que ce droit, supposant toujours un mandat à remplir, ne peut s'attacher au règlement de compte des avances faites jusqu'au dit règlement et au simple transport du reliquat à un nouveau compte qui n'exige pas que le banquier fasse aucune démarche pour se procurer les valeurs dont il dispose ; que cette perception du droit de commission n'étant pas justifiée doit être considérée comme une adjonction d'intérêts illégale. » Le banquier intente un pourvoi basé sur le fait que les sommes laissées à la disposition de son client manquent dans sa caisse et qu'il doit faire des démarches pour se procurer celles qui les remplaceront. Mais la Cour de Cassation le rejette en déclarant que la Cour d'appel n'a violé aucune loi en décidant comme elle l'a fait.

La Cour de Grenoble, en 1836 et 1839, admet également la perception de la commission en sus de l'intérêt légal, sur l'ou-

Tableau de la jurisprudence sur le point de savoir si le droit de commission peut être perçu sur les reports à nouveau :

Décisions défavorables

Dijon, 24 août 1832. S. 35. 1. 334.
Cass., 12 nov. 1834. S. 35. 1. 334.
Grenoble, 16 fév. 1836. S. 37. 2. 361.
Grenoble, 31 août 1839. S. 40. 1. 898.
Cass., 14 juil. 1840. S. 40. 1. 898.
Orléans, 22 août 1840. S. 40. 2. 433.
Douai, 20 fév. 1841. S. 41. 2. 540.
Grenoble, 24 fév. 1841. D. 45. 2. 91.
Colmar, 11 mai 1842. S. 45. 2. 481.
Rennes, 6 janv. 1844. S. 44. 2. 380.
Cass., 2 juil. 1845. S. 45. 1. 481.
Colmar, 27 mai 1846. S. 48. 2. 491.
Rouen, 27 mars 1847. S. 48. 2. 485.
Cass., 16 déc. 1851. S. 55. 1. 105.
Cass., 14 mai 1852. D. 52. 1. 309.
Cass., 5 déc. 1854. S. 55. 1. 30.
Angers, 1^{er} mai 1868. S. 68. 2. 348.
Angers, 5 fév. 1874. sous Cass. 15 nov. 1875.
Angers, 14 août 1874. sous Cass. 4 janv. 1876.

Décisions favorables

Aix, 15 janv. 1844. S. 44. 2. 378.
Grenoble, 15 mars 1844. S. 44. 2. 458.
Grenoble, 1^{er} avril 1846. S. 46. 2. 460.

Dijon, 2 janv. 1865. D. 65. 2. 47.
Paris, 16 juil. 1869. s. Cass. 9 juil. 1872.
Cass., 8 août 1871. S. 71. 1. 150.
Bourges, 14 mai 1873. S. 74. 2. 108.
Caen, 5 juil. 1872. S. 74. 1. 57.
Cass., 2 déc. 1873. S. 74. 1. 57.
Cass., 15 nov. 1875. S. 76. 1. 69.
Cass., 4 janv. 1876. S. 76. 1. 65.
Cass., 11 fév. 1878. S. 78. 1. 393.
Dijon, 5 juil. 1880. S. 82. 2. 203.
Cass., 16 nov. 1880. S. 81. 1. 313.

(1) Voir ci-dessus, p. 140.

verture de crédit, mais pas sur les reports à nouveau : « Attendu que sur les soldes de compte, le droit de commission ayant été perçu une première fois, on ne peut le percevoir une seconde. » Cette décision est encore confirmée par la Cour de Cassation.

Successivement, les Cours d'Orléans, de Douai, de Rennes, de Colmar, de Rouen, se prononcent dans le même sens et déclarent formellement que le droit de commission ne peut être exigé que sur les décaissements réels et non sur les reliquats de compte reportés à nouveau. Chaque fois qu'elle est saisie, la Cour suprême confirme ces décisions : le 2 juillet 1846, notamment, elle s'exprime ainsi : « Attendu que l'arrêt attaqué décide que le droit de commission qui avait été prélevé pour la somme entière formant le reliquat de compte ne doit porter ni sur les intérêts capitalisés qui ont été compris dans ce reliquat, ni sur les avances de fonds qui avaient déjà figuré dans un compte antérieur, mais que ce droit, qui ne saurait être perçu qu'une seule fois sur la même somme, ne saurait, par conséquent, s'appliquer qu'aux sommes fournies depuis le compte précédent ; que, sans la distinction qui est admise par l'arrêt, il serait impossible d'atteindre l'usure déguisée sous l'apparence d'un droit de commission de telle sorte qu'en matière d'avances de fonds ou de prêts qui seraient reportés successivement dans plusieurs arrêtés de compte se liant les uns aux autres, le prix de l'argent ne recevrait d'autres limites que celles que les parties consentiraient à lui donner, ce qui serait évidemment la subversion de la loi du 3 septembre 1807. »

Et c'était bien, en effet, ce qui allait se produire !

Déjà, le 15 janvier 1844, la Cour d'Aix n'avait ordonné aucune modification à un règlement de compte qui faisait apparaître une perception de commission sur les reports à nouveau ; sans doute, elle ne se prononçait pas encore d'une façon catégorique, mais elle avait de la loi de 1807 une opinion différente de celle de la majorité des tribunaux à cette époque et qu'il importe de signaler. Elle soutenait, dans un attendu,

que cette loi « ne vise que le taux de l'intérêt de l'argent et que, pour le droit de commission, il est réglé par les usages du commerce et la convention des parties ».

La Cour de Grenoble, le 15 mars 1844, et le 1^{er} avril 1846, suivit la Cour d'Aix et la dépassa même en déclarant que le droit de commission pouvait être perçu sur la balance semestrielle des intérêts et, en outre, sur le report à nouveau, sous la réserve, toutefois, que ce droit, joint aux autres prélèvements, *n'excédât pas le taux en usage sur la place*.

Ainsi, à la limitation arbitraire et immuable du législateur, le juge substituait une règle plus souple, tout aussi équitable mais qui s'adaptait aux variations de temps et de lieux et à la plus ou moins grande abondance d'argent. En 1836, ces mêmes considérations avaient permis à la Cour de Grenoble (1) d'adopter le droit de commission sur les ouvertures de crédit, mais elle n'avait pas osé l'autoriser sur les reports et c'est seulement dix ans plus tard qu'elle tira la conclusion complète du principe qu'elle avait posé.

Ainsi, en 1846, la voie était tracée, mais la jurisprudence ne s'y engagea qu'une vingtaine d'années après. Les Cours de Dijon et de Paris, en 1865 et 1869, admettent la perception du droit de commission sur les reports à nouveau. La Cour de Cassation l'accepte également lorsque « tel est l'usage de la localité et s'il y a eu, à cet égard, convention des parties » (8 août 1871). Le 2 décembre 1873, elle justifie une décision analogue parce qu'« *il est d'usage, en banque, que les comptes se règlent tous les trois mois et qu'il résulte de là qu'à l'expiration de chaque trimestre, le banquier a le droit d'exiger le remboursement de son compte créditeur* ».

Pour nous rendre compte de la généralité de l'usage à cette époque, nous avons, d'autre part, une attestation des rédacteurs du Répertoire SIREY en note sous l'arrêt précédent. D'après l'annotateur, « il est certain qu'aujourd'hui (en 1873) la perception d'une commission de cette sorte (sur les reports

(1) Voir arrêt du 16 février 1836, p. 140.

trimestriels) est généralement usitée sur les places de commerce et, là où elle est d'usage, la jurisprudence ne semble plus hésiter à la regarder comme légitime ; c'est en ce sens qu'elle paraît se prononcer de plus en plus ».

En effet, la Cour de Cassation continue à admettre la commission sur les renouvellements trimestriels, mais à une condition : c'est que cette perception supplémentaire corresponde à un service rendu par le banquier (15 novembre 1875). Statuant dans le même sens, elle casse, en 1876, un arrêt de la Cour d'Angers et déclare que « la commission de renouvellement trimestriel est due si elle a été acceptée par les parties et constitue le prix de la continuation du crédit. En réduisant le taux à 6 %, la Cour (d'Angers) a faussement appliqué la loi de 1807 ».

De ces derniers arrêts, il résulte que si le banquier rend un nouveau service, la commission est justifiée même si, ajoutée à l'intérêt, elle dépasse le taux légal. Par suite, il incombe aux Cours d'appel d'apprécier et de constater s'il y a ou non service rendu par le banquier et, notamment, si, à l'époque du report à nouveau, le solde était exigible.

Ainsi, pendant tout le XIX^e siècle, les banquiers et les négociants se sont ingénies pour tourner, soit en matière d'escompte, soit à propos des ouvertures de crédit, les dispositions légales qui fixaient un taux maximum d'intérêt. Tous les moyens qu'ils utilisaient, passés dans la pratique et considérés comme licites, rendaient illusoire la réglementation de 1807.

En effet, comme on vient de le voir, la jurisprudence, sous la pression des intéressés, était, en définitive, amenée à traiter l'application d'une loi d'ordre public comme une question de fait. En matière de compte courant et en présence de situations qui, bien que réglementées par le texte, n'avaient pas été spécialement prévues par le législateur, les tribunaux se reconnaissaient un large pouvoir d'interprétation et ils se permettaient avec la loi civile d'assez grandes libertés (1).

(1) Voir, notamment, un arrêt de la Cour de Bourges qui soutient que la loi de 1807 « étant de pur droit arbitraire doit, pour ce motif, s'entendre dans le sens le plus large ». Bourges, 27 janvier 1857. S. 58. 2. 695.

Mais cette manière de faire soulevait une difficulté autrement grave : la loi pénale punissait le délit d'usure. Fallait-il admettre que des usages contraires ou la bonne foi du prévenu étaient suffisants pour autoriser le juge à ne pas appliquer les peines prononcées par la loi ?

Il n'y avait qu'un moyen d'obvier à cet inconvénient : c'était de supprimer le délit d'usure en matière commerciale ; c'est ce que fit la loi du 12 janvier 1886. En renversant une limitation arbitraire et invariable, en tenant compte d'un usage lentement établi et universellement adopté, le législateur de 1886 a eu la sagesse de reconnaître que les règles qu'il établit ne doivent pas être des créations abstraites et qu'elles ne peuvent s'appliquer toujours et partout ; que, d'autre part, pourvu que la liberté du commerce soit assurée, la loi de l'offre et de la demande est la seule qui soit assez souple pour fixer le prix des services comme celui des marchandises, celles-ci fussent-elles des espèces ou du crédit ; qu'enfin, les commerçants étaient peu disposés à profiter de la protection de la loi qui paraissait plutôt les gêner que les servir. Quant au législateur de la période révolutionnaire qui, sur la question de l'intérêt, n'avait pas eu la même modestie, les intéressés se sont chargés, en effritant son œuvre peu à peu, de lui montrer qu'il avait eu tort. L'exemple de l'anatocisme que nous allons étudier maintenant achèvera cette démonstration.

§ 2. L'ANATOCISME

A Rome, comme dans l'ancien droit français, l'anatocisme était prohibé d'une manière expresse. Cependant, le Code Civil, vraisemblablement pour répondre aux idées qui avaient cours à l'époque de sa rédaction, n'a pas maintenu cette interdiction rigoureuse ; il a donc autorisé l'anatocisme, mais seulement sous de sérieuses restrictions. L'art. 1154 dit, en effet : « Les intérêts échus des capitaux pourront produire des intérêts, ou par une demande judiciaire, ou par une convention spéciale, pourvu que, soit dans la demande, soit dans la con-

vention, il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année entière. »

Les motifs qui ont déterminé le législateur sont, comme pour la loi de 1807, la crainte de l'usure et le souci de protéger les débiteurs, protection d'autant plus nécessaire, dans ce cas, que la dette, grossissant chaque jour insensiblement, finit par devenir considérable sans que l'intéressé s'en aperçoive.

C'est donc à la fois en raison des dangers qu'il présente et de son caractère immoral que l'anatocisme avait été précédemment proscrit et que le Code ne l'a toléré que sous les réserves indiquées. Dans ces conditions, on est généralement d'accord pour conclure que l'art. 1154 précité est une disposition d'ordre public. La loi de 1807 n'a fait que renforcer cette opinion, car en capitalisant des intérêts dus pour moins qu'une année entière, et qui sont déjà de 6 %, on arrive, indirectement, à en élever le chiffre au-dessus du taux légal.

Telle est la loi ; voyons maintenant l'usage. Dans un compte courant, à chaque arrêté de compte, c'est-à-dire deux ou quatre fois par an, les intérêts calculés sur la balance des nombres sont ajoutés au solde du compte et reportés à nouveau. Au prochain règlement, ces intérêts compris dans le report porteront eux-mêmes intérêt.

Au début du XIX^e siècle, l'usage était déjà dans ce sens. Nous en trouvons la preuve dans la consultation de PARDESSUS que nous avons déjà signalée (1) et qui a été donnée à l'occasion d'un litige tranché par la Cour de Cassation, le 10 novembre 1818. Cet auteur concluait qu'en matière de compte courant, il est tacitement convenu de capitaliser au bout de chaque année et même, dans certains pays, à des époques plus rapprochées, les intérêts des avances respectives. PARDESSUS ajoutait que cette manière de faire n'avait jamais été contestée, même par les plus grands adversaires de l'usure, et il invoquait, à l'appui de ses dires, une encyclique du pape Benoît XIV, datée du 1^{er} octobre 1745.

(1) Voir ci-dessus, p. 52 et suiv.

Cette attestation, en même temps qu'elle nous fait connaître la nature de l'usage en la matière, nous fait prévoir les difficultés qui seront soulevées à propos de cette question : l'usage admet la capitalisation sans convention, alors que l'art. 1154 en exige une expresse ; d'autre part, il est de pratique courante que les intérêts échus pour moins d'une année produisent eux-mêmes des intérêts, ce qui est prohibé par la loi. Dans ce conflit entre l'usage et le Code, PARDESSUS, devant la Cour de Cassation, prit résolument parti pour l'usage : mais les membres de la Cour suprême n'osèrent pas le suivre, et, pour éviter d'avoir à se prononcer sur l'anatocisme, ils confirmèrent la sentence de la Cour d'appel, décidant que le compte courant en cause serait réglé à la fin des opérations, au bout de plusieurs années. Ils repoussèrent, au contraire, le règlement de compte annuel, qui aurait été conforme à la pratique du commerce, mais aurait entraîné la capitalisation des intérêts sans convention (1).

La jurisprudence allait-elle donc se comporter, dans ce conflit, autrement qu'elle n'avait fait devant les autres problèmes posés par le compte courant ? Il n'en fut rien : elle admit d'abord que la capitalisation annuelle pourrait être faite sans convention, ni demande en justice ; puis que la capitalisation pourrait avoir lieu à des époques plus rapprochées qu'une année ; six mois, puis trois mois ; enfin, que la dérogation à l'art. 1154 admise en faveur des commerçants s'étendrait également aux non-commerçants.

Les tribunaux n'ont d'ailleurs cédé que pied à pied sur le terrain qu'ils abandonnaient ainsi à l'usage. Certains tentèrent de faire front ; d'autres, en se repliant, mirent des condi-

(1) Le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour de Limoges, à l'occasion de cette affaire, se basait sur la violation de l'art. 2001 Code Civil et *sur la violation des usages commerciaux* d'après lesquels les comptes courants doivent être balancés chaque année. Le pourvoi fut rejeté, malgré la consultation de PARDESSUS en sens contraire, « attendu que de la disposition qui a ordonné que le compte courant d'entre les parties serait fait d'un seul jet et avec une seule balance à la fin, *ne résulte la violation d'aucune loi* ». La Cour semblait donc, à cette époque, considérer la violation d'un usage comme ne donnant pas ouverture à cassation. Son opinion sur ce point paraît s'être sensiblement modifiée depuis (voir GÉNY, *Méthode*, t. II, p. 203).

tions nouvelles aux dérogations qu'ils ne pouvaient empêcher. Mais, en définitive, les efforts des uns et des autres furent vains. Ils cédèrent et dans les quatre paragraphes qui suivent, correspondant à chacune des dérogations ci-dessus signalées, c'est à la consécration de tous les usages que nous allons voir la jurisprudence aboutir.

a) *La capitalisation annuelle des intérêts peut être faite en compte courant, sans convention*

Du tableau que nous donnons ci-dessous, en note (1), il ressort que, dès 1834, la Cour de Liège admettait qu'en matière de compte courant, l'art. 1154 ne s'appliquait pas et que la convention de compte courant équivalait à l'acceptation tacite de la capitalisation annuelle des intérêts. Cette opinion devait être assez répandue à l'époque puisque la Cour de Rennes, qui est d'avis contraire, le reconnaît dans une décision rendue en 1836 : « Considérant, déclare cette dernière, qu'aux termes de l'art. 1154 C. Civ., les intérêts échus des capitaux peuvent produire de nouveaux intérêts lorsqu'ils sont demandés pour plus d'une année, mais que ce même article exige, pour autoriser cet anatocisme, qu'il y ait à cet égard convention spéciale ; que, dans la cause, aucune convention de cette nature n'est prouvée, et que, *si le cumul d'intérêts est d'usage entre négociants en compte courant, cet usage ne saurait prévaloir sur le texte précis de la loi.* »

(1) Tableau de la jurisprudence sur la question de savoir si la capitalisation des intérêts peut avoir lieu sans convention :

Décisions favorables	Décisions défavorables
Liège, 24 avril 1834. Rép. Dall., t. II. p. 591.	Rennes, 9 fév. 1836. <i>Rec. des arrêts de Rennes</i> , t. XII.
Lyon, 23 juil. 1839. J. P. 1840. II. p. 444.	
Orléans, 27 août 1840. D. 41. 2. 42.	
Liège, 30 juin 1841. Rép. Dall. t. II, p. 592.	
Rennes, 6 janv. 1844. S. 44. 2. 380.	
Lyon, 8 fév. 1851. D. 53. 2. 341.	
Château-Chinon, 22 mai 1850. D. 54. 1. 283.	
Bourges, 11 janv. 1851. D. 54. 1. 283.	
Cass., 27 janv. 1857. D. 57. 1. 82.	

C'est pourtant ce qu'il fit ! Toutes les décisions ultérieures acceptèrent la capitalisation annuelle sans convention. La Cour d'Orléans, notamment, le 27 août 1840, eut à juger l'espèce suivante : un compte courant ayant été arrêté, le débiteur est débité du reliquat en report à nouveau. Pendant treize ans, le créancier adresse à son correspondant le relevé de son compte en capitalisant les intérêts. L'autre ne conteste pas ces relevés, mais ne règle rien. Poursuivi en justice, il est condamné à payer le capital et les intérêts capitalisés : « Attendu, dit la Cour d'Orléans, que, suivant les usages constants du commerce, les intérêts des avances dans le compte courant sont capitalisés chaque année ; qu'en effet le compte courant établit entre les deux parties un mandat par suite duquel les avances faites portent intérêt du jour de ces avances. » De même : « Bien qu'il n'y ait eu aucune convention formelle et spéciale, dit la Cour de Lyon, le 8 février 1851, la capitalisation annuelle des intérêts est à l'abri de tout reproche, soit aux yeux de la loi, soit aux yeux de l'équité », et, un peu plus tard, la Cour suprême, à son tour, déclare que, « dans les comptes annuellement arrêtés avec règlement des intérêts suivant les usages du commerce, ces intérêts sont susceptibles de capitalisation sans qu'il soit besoin d'une convention expresse » (27 janvier 1857).

La jurisprudence ayant fait une première concession, va être entraînée naturellement vers une nouvelle. Devant la capitalisation semestrielle, elle tente de résister ; elle admet bien la capitalisation annuelle sans convention, mais l'anatocisme pour une période moindre lui semble entaché d'usure : c'est ce que déclarent le Tribunal civil de Château-Chinon et la Cour de Bourges, les 22 mai 1850 et 11 janvier 1851. « Attendu, déclare la première de ces juridictions, que l'art. 2 de l'acte d'ouverture de crédit porte que le compte d'entre les parties devra être arrêté tous les trois mois, mais qu'il ne résulte pas de cette disposition que les intérêts dussent être capitalisés à chaque arrêté trimestriel ; qu'alors même qu'une clause de cette nature eut été stipulée expressément, elle serait contraire

aux dispositions de la loi prohibitive de l'usure puisqu'elle aurait pour résultat d'élever le taux de l'intérêt légal... »

En confirmant cette décision, la Cour d'appel déclare qu'« on ne peut inférer des termes de l'acte un consentement donné par le crédit à la capitalisation trimestrielle des intérêts et des droits de commission ; que, lors même que cette clause existerait, elle serait nulle comme entachée d'anatocisme ; que la capitalisation doit se réduire à la capitalisation annuelle seulement ».

Les banquiers et commerçants intéressés ne se découragèrent pourtant pas. S'il était prématuré de réclamer le droit à la capitalisation trimestrielle, certains tribunaux voyaient déjà moins d'inconvénients à la capitalisation semestrielle, surtout si elle résultait d'une convention, et pourvu qu'elle existât entre commerçants et que des relevés de compte eussent été effectivement envoyés à l'intéressé tous les six mois. C'est avec des restrictions de ce genre, plus ou moins explicitement énoncées, que les tribunaux se laissèrent entraîner vers une nouvelle dérogation à l'art. 1154 (1).

b) *Capitalisation semestrielle*

Déjà, le 19 décembre 1827, la Cour de Cassation avait rejeté un pourvoi fondé sur la violation des principes en matière de capitalisation des intérêts (capitalisation à des époques plus rapprochées qu'une année), « attendu que l'arrêt attaqué déclare que ces intérêts ont été fixés et réglés par les arbitres

(1) Tableau de la jurisprudence sur le point de savoir si la capitalisation des intérêts peut être faite à des époques plus rapprochées qu'une année :

Décisions favorables	Décisions défavorables
Cass., 19 déc. 1827. Rép. Dall., t. II, p. 469.	Lyon, 23 juil. 1839. J. P. 1840, t. II, p. 444.
Grenoble, 31 août 1839. S. 40. 1. 898.	Liège, 30 juin 1841. Rép. Dall, voir compte courant, p. 592.
Cass., 14 juil. 1840. S. 40. 1. 898.	Bourges, 11 janv. 1851. D. 54. 6. 283.
Colmar, 11 mai 1842. S. 45. 2. 481.	
Cass., 14 août 1845. D. 45. 4. 54.	
Trib. Com. Dijon, 26 sept. 1845. S. 49. 1. 737.	
Cass., 12 mars 1851. D. 51. 1. 290.	
Lyon, 29 juil. 1852. D. 54. 2. 101.	

du choix des parties, aux termes de droit ». Elle s'exprime plus clairement dans un arrêt du 14 juillet 1840, confirmant un arrêt de Grenoble du 31 août 1839. Ce dernier avait admis la capitalisation des intérêts effectuée tous les six mois, « attendu que ce mode est généralement suivi dans le commerce ». La Cour suprême ajoute : « Attendu que chacune des parties avait donné son consentement à ce que le reliquat de chaque règlement semestriel fût capitalisé ; que ces règlements, établissant une *balance égale entre les droits des parties*, ne peuvent violer les dispositions des art. 1153 et 1154. »

Signalons, en passant, cet exemple d'interprétation : l'anatocisme est sans doute prohibé par l'art. 1154, mais le législateur n'a dû envisager que le cas où, de deux parties, c'est toujours la même qui est débitrice. Dans le compte courant, les deux correspondants supportent, théoriquement du moins, l'anatocisme ; par suite, il ne présente plus les mêmes dangers qu'en matière civile. C'est la même thèse que soutient la Cour de Colmar, le 11 mai 1842 : « Attendu, dit-elle, qu'on doit reconnaître que, dans les opérations commerciales comparées à celles purement civiles, il existe assez généralement une dissemblance qui ne permet pas d'appliquer à toutes les mêmes principes ; que, cependant, si les banquiers, dans leur intérêt, ont fait adopter sur beaucoup de places, l'usage des comptes trimestriels, d'un autre côté, dans celui des crédits, il importerait que l'autorité intervint pour les réduire au moins à six mois ou que, dans son silence, la justice et l'humanité portassent les banquiers à saisir ce tempérament. »

Après une considération théorique, l'attendu se termine par une prière adressée aux banquiers, qui, on s'en doute, ne devait pas avoir beaucoup d'effet. La Cour constate l'existence d'un usage puissant. Elle se sent incapable d'y résister et elle adjure les intéressés de ne pas l'entraîner trop loin.

Mais tous les tribunaux ne se soumettent pas de la sorte : ainsi, la Cour de Liège, le 30 juin 1841, prononce un violent réquisitoire contre cette manière de faire.

« Considérant que l'usage d'arrêter les comptes courants

chaque année et de capitaliser les intérêts au compte de l'année suivante, se justifie par la nécessité de procéder d'une manière régulière et uniforme dans le règlement des opérations entre négociants ; mais que cette nécessité n'exige point que les comptes soient clôturés par semestres ; que rien n'empêche que, dans le courant de l'année, les banquiers ne communiquent à leurs clients des états de situation qui fixent avec certitude leurs positions respectives sans entraîner la capitalisation immédiate des intérêts...

« Considérant, d'ailleurs, qu'il n'est pas suffisamment établi que la pratique de renouveler les comptes courants par semestre soit généralement admise à Liège ; qu'il est même reconnu qu'il existe en cette ville des maisons de banques considérables qui, jusqu'ici, ne s'y sont point soumises, ce qui prouve qu'elle n'est point d'une nécessité indispensable pour le commerce ; qu'au surplus, on ne saurait légitimer ce prétendu usage, *sans ouvrir la voie aux plus graves abus* en ce qu'il en surgirait bientôt celui de capitaliser les intérêts au bout de trois mois et même à des temps plus rapprochés et d'exiger ainsi d'une manière détournée des intérêts usuraires *contre les dispositions prohibitives de la loi.* »

Cet arrêt met bien en évidence que la nécessité de régler fréquemment les comptes courants aurait très bien pu être conciliée avec la capitalisation annuelle des intérêts et que, si l'usage s'est établi de capitaliser tous les six mois, c'est uniquement en vue de faire produire un intérêt plus élevé à l'argent et pour tourner la loi de 1807.

En second lieu, les magistrats belges indiquaient, de façon prophétique, les conséquences des errements de la jurisprudence. Nous allons voir que leurs prédictions se sont pleinement et rapidement réalisées. Sans doute, les tribunaux qui acceptent la capitalisation semestrielle repoussent tout d'abord la capitalisation à trois mois. Dans ce sens, le Tribunal de Commerce de Dijon déclare, le 26 septembre 1845 : « Que la jurisprudence établie veut que les intérêts des comptes courants ne soient capitalisés que tous les six mois. »

A la même époque, la Cour de Cassation décide que « la stipulation de capitaliser les intérêts à chaque règlement semestriel est conforme aux usages du commerce et est réputée constituer une convention licite et obligatoire » (14 août 1845). Mais encore faut-il pour cela qu'une stipulation ait eu lieu. Un peu plus tard, d'ailleurs, la Chambre des Requêtes n'exigeait plus une stipulation expresse ; le 12 mars 1851, elle disait : « Attendu que l'art. 1154 n'est pas applicable aux comptes courants ; qu'en cette matière les intérêts échus peuvent, s'il y a eu *consentement* du crédité, être réunis au capital avant le terme d'une année pour produire de nouveaux intérêts ; que, d'après les usages qui font loi dans le commerce, les règlements du compte courant ont lieu de six mois en six mois. »

Citons, enfin, l'arrêt rendu par la Cour de Lyon, le 29 juillet 1852 : « Considérant qu'à défaut de loi sur la matière, les effets du compte courant entre négociants sont réglés par les usages commerciaux auxquels les parties sont censées s'être tacitement référées ; que l'un de ces effets consiste en ce que les intérêts capitalisés annuellement ou même à des époques périodiques plus courtes donnent aussi eux-mêmes des intérêts de plein droit, mais que ce dernier effet ne se réalise qu'à la condition que le compte courant aura été arrêté, balancé et envoyé par l'une des parties à l'autre. »

Des décisions précédentes, il résulte que la capitalisation tous les six mois, ou même tous les trois mois, peut être effectuée d'après une simple convention tacite, mais à certaines conditions que nous allons retrouver dans les arrêts postérieurs. Au milieu du XIX^e siècle, la jurisprudence a ainsi fait deux larges brèches aux règles posées par l'art. 1154. Nous allons la voir, dans la deuxième moitié, les élargir et d'abord en admettant couramment la capitalisation tous les trois mois.

c) Capitalisation trimestrielle

On a pu remarquer, dans certains arrêts, que l'usage tendait à faire légitimer la capitalisation trimestrielle. Nous avons vu

également la jurisprudence essayer de résister à ce mouvement. Il convient d'ajouter aux décisions que nous avons citées dans ce sens, notamment à l'arrêt de la Cour de Bourges du 11 janvier 1851, un arrêt rendu par la Cour de Rennes, le 6 janvier 1844, dont les attendus sont formels. Deux négociants avaient convenu de régler leur compte courant tous les quatre mois et de capitaliser les intérêts à ces époques. La Cour décide « qu'une pareille convention a évidemment pour résultat d'élever à un taux supérieur à celui fixé par la loi de 1807 en matière de commerce et qu'elle est par conséquent usuraire ; qu'inutilement on invoque, pour justifier ce mode de règlement en compte courant, de prétendus usages du commerce ; que ces usages abusifs ne sauraient prévaloir sur les lois d'ordre public auxquelles il n'a été fait aucune dérogation par la loi commerciale ».

Ces arguments n'eurent pourtant pas beaucoup de succès et les quelques décisions opposées à la capitalisation trimestrielles passent inaperçues au milieu de la masse des décisions contraires, que nous donnons dans la liste ci-dessous (1). Le

(1) Tableau de la jurisprudence sur le point de savoir si la capitalisation des intérêts peut être faite tous les trois mois :

Décisions favorables	Décisions défavorables
Dijon, 24 août 1832. S. 35. 1. 334.	Rennes, 6 janv. 1844. S. 44. 2. 380.
Cass., 12 nov. 1834. S. 35. 1. 334.	Dijon, 1845, S. Cass. 24 avril 1849.
Bourges, 23 mars 1835. J. P. à sa date.	S. 49. 1. 737.
Grenoble, 16 fév. 1836. S. 37. 2. 361.	Bourges, 11 janv. 1851. D. 54. 1. 283.
Colmar, 27 mai 1846. S. 48. 2. 491.	
Cass., 14 mai 1850. S. 50. 1. 441.	
Cass., 12 mars 1851. S. 51. 1. 403.	
Cass., 16 déc. 1851. S. 55. 1. 105.	
Cass., 14 mai 1852. D. 52. 1. 309.	
Bourges, 14 fév. 1854. S. 54. 2. 53.	
Nîmes, 6 déc. 1860. D. 61. 2. 104.	
Liège, 16 janv. 1864. Pasicrisie belge,	
64. 2. 218.	
Cass., 14 nov. 1864. D. 65. 1. 54.	
Dijon, 2 janv. 1865. D. 65. 2. 47.	
Cass., 14 juin 1870. S. 70. 1. 399.	
Cass., 8 août 1871. S. 71. 1. 150.	
Caen, 5 juil. 1872. S. 74. 1. 57.	
Cass., 2 déc. 1873. S. 74. 1. 57.	
Bourges, 14 mai 1873. S. 74. 2. 108.	
Caen, 27 avril 1877. Rec. des arr. de Caen	
Rennes, 13 mars 1876. D. 79. 2. 93.	
Rennes, 24 fév. 1879. D. 79. 2. 95.	
Cass., 11 juil. 1887. S. 87. 1. 295.	

tableau de la jurisprudence fait ressortir une évolution analogue à celle que nous avons déjà rencontrée maintes fois : au début, des décisions dans le sens de l'usage ; puis, réaction de certains tribunaux ; enfin, jurisprudence constante conforme à la pratique courante.

La décision la plus ancienne, de nous connue, en faveur de la capitalisation trimestrielle, émane de la Cour de Dijon et date du 24 août 1832. La Cour s'exprimait ainsi : « Attendu que, si l'art. 1154 C. Civ. ne permet d'exiger des intérêts qu'autant qu'il s'agit des intérêts d'une année entière et qu'il y a convention ou demande judiciaire, cet article ne s'applique pas littéralement aux comptes entre négociants et banquiers ; que l'usage contraire est fondé sur ce qu'il est nécessaire que dans les transactions commerciales les engagements respectifs s'exécutent ponctuellement » ; sur le pourvoi, la Cour de Cassation confirme la sentence et déclare qu'« en décidant comme elle l'a fait, la Cour d'appel n'a violé aucune loi ».

La Cour de Grenoble admet également l'anatocisme trimestriel et le justifie de la façon suivante : « Attendu, quant à la capitalisation, que les comptes étaient arrêtés selon les règles du commerce ; qu'en portant à nouveau les soldes des comptes arrêtés, X... n'a fait que suivre les usages du commerce ; que les dispositions de l'art. 1154 C. Civ. ne s'appliquent pas aux matières commerciales (16 février 1836). »

Nous ne citerons, parmi les décisions ultérieures, que les plus remarquables et, notamment, celles dans lesquelles la jurisprudence énonce les conditions à remplir pour rendre la capitalisation trimestrielle acceptable.

Le 14 mai 1850, la Cour de Cassation est saisie de l'affaire suivante : un compte courant a été, en fait, arrêté en 1834 ; il comportait des arrêts trimestriels avec capitalisation des intérêts. En 1842, le banquier, qui n'avait pas été payé du solde, dresse un compte nouveau avec capitalisation des intérêts du reliquat, tous les trois mois, de 1834 à 1842, et en réclame le montant à son client. Le 15 juillet 1843, le Tribunal de la Seine rejette cette prétention : « la capitalisation doit

cesser avec le compte courant, dit-il, et elle ne peut continuer lorsque les parties ne balancent plus leurs comptes à des époques périodiques. » Ce jugement ayant été réformé en appel, l'arrêt de la Cour de Paris, objet du pourvoi, est cassé par la Cour suprême : « Attendu, déclare cette dernière, que l'arrêt attaqué, qui ordonne la capitalisation trimestrielle jusqu'en 1842, s'est borné à motiver cette décision par la continuation des opérations de crédit de la part des défendeurs et par les conventions primitives des parties, *sans établir que les comptes courants aient été fournis et arrêtés tous les trois mois jusquelà.* »

Telle paraît donc être l'une des conditions à remplir pour rendre la capitalisation trimestrielle légitime : l'un des plus graves inconvénients de l'anatocisme, nous l'avons dit, est que la dette croît insensiblement, mais de plus en plus vite, à l'insu du débiteur. Cet inconvénient disparaît si, tous les trois mois, il reçoit un relevé de compte qui attire son attention sur l'importance de sa dette.

D'autres conditions sont exigées par la Cour de Cassation, le 16 décembre 1851, dans un arrêt rendu à propos d'une décision de la Cour de Bourges, en date du 11 janvier 1851, que nous avons déjà citée (1).

« Si l'art. 1154 n'est pas toujours rigoureusement applicable aux intérêts des sommes comprises dans un compte courant et si les intérêts peuvent produire des intérêts alors cependant qu'ils sont dus pour moins d'un an, ce ne peut être que sous la double condition :

- 1° Qu'il aura été convenu entre les parties d'arrêter le compte courant à des époques périodiques plus rapprochées ;
- 2° Que les soldes de ces arrêts partiels seront immédiatement exigibles.

Dans ce cas, le report de ces soldes, quels qu'en soient les éléments, dans un compte nouveau, constitue une nouvelle avance pouvant produire des intérêts.

(1) Voir ci-dessus, p. 151.

Une autre condition est exigée par la Cour de Bourges, le 14 février 1854 : « Considérant que la sévérité des principes posés par l'art. 1154 n'a pu fléchir et ne *peut être éludée*, sans abus dans l'application, qu'en *matière de comptes courants réciproques*, alternativement créditeurs ou débiteurs, qui, pour la plus grande facilité des opérations et la régularité des écritures, se règlent en banque, d'après l'usage, à six ou trois mois, avec intérêt du solde à partir du règlement. »

Mais, parmi ces conditions elles-mêmes d'abord exigées par les tribunaux en remplacement, semble-t-il, ou en atténuation de celles contenues dans le texte légal, l'une ne sera pas maintenue par la jurisprudence ultérieure. Ainsi, la convention préalable n'est plus exigée par la Cour de Nîmes, le 6 décembre 1860 : des extraits de comptes avaient été dressés trimestriellement et approuvés par les parties ; le banquier qui les avait établis n'avait fait que se conformer aux usages locaux et à ceux de la Banque de France ; on en conclut qu'il était fondé à capitaliser.

De même, le 14 novembre 1864, la Cour de Cassation confirme une décision de la Cour de Metz admettant la capitalisation trimestrielle, pourvu « qu'elle résulte *soit de l'usage des lieux, soit des conventions expresses ou tacites des parties* ».

Enfin, la Cour de Rennes constate, en 1879, que la capitalisation trimestrielle est en usage sur la place de Saint-Nazaire et elle déclare qu'« en l'absence de conventions spéciales entre les parties, les comptes courants doivent être réglés suivant les usages reçus en cette matière, c'est-à-dire trimestriellement. Par contre, une capitalisation mensuelle, même consentie par le client, serait nulle comme entachée d'usure ».

La capitalisation mensuelle n'a pas été adoptée par la pratique. Mais, si l'usage s'en était répandu, la jurisprudence, après l'avoir repoussée, aurait probablement fini par l'admettre comme elle a fait pour la capitalisation semestrielle ou trimestrielle. Quoi qu'il en soit, on peut considérer qu'actuellement la légitimité de l'anatocisme trimestriel et sans convention préalable ne fait plus de question. Examinons, maintenant,

la dernière variation de la jurisprudence en cette matière, sur le point de savoir si les dérogations à l'art. 1154, admises en faveur des commerçants, peuvent être étendues aux non-commerçants.

d) *Application de l'art. 1154 aux comptes courants
entre non-commerçants*

Nous avons déjà signalé un cas, en matière de compensation, où les règles applicables aux comptes courants entre commerçants se sont étendues aux comptes fonctionnant entre particuliers non-commerçants. C'est, d'ailleurs, là un phénomène général ; l'anatocisme nous en fournit un nouvel exemple. Admettre en faveur des commerçants, qui bénéficient d'une législation un peu spéciale, des dérogations aux règles posées par l'art. 1154, cela pouvait encore s'expliquer dans une certaine mesure, puisqu'on a été jusqu'à soutenir que, dans le silence du Code de Commerce, le Code Civil n'était pas applicable aux matières commerciales. Nous avons, d'ailleurs, cité un arrêt de la Cour de Grenoble (1) qui le déclare brutalement. Mais, lorsque le compte courant fonctionne entre un banquier et un non-commerçant ou même entre deux non-commerçants, il semble bien difficile d'écarter l'art. 1154 et de priver de sa protection des individus qui pouvaient légitimement compter sur elle ou pour qui elle avait été spécialement établie. La jurisprudence a tout d'abord pensé ainsi : elle a refusé d'admettre l'anatocisme quand il s'agit de non-négociants autrement qu'aux conditions fixées par le Code. Puis, la pratique du compte courant se répandant de plus en plus, même hors du commerce, les intéressés ont accepté à leur tour les règles imposées par les banquiers aux négociants ; l'usage s'est établi, également pour des raisons de simplicité, de ne faire aucune distinction entre commerçants et non-commerçants. Et, encore une fois, la jurisprudence l'a suivi. Le tableau que nous donnons

(1) Voir ci-dessus, p. 157.

ci-dessous, en note (1), montre qu'elle ne s'est décidée qu'assez tard ; mais, actuellement, le revirement paraît un fait accompli. Signalons les plus importantes des décisions rendues sur la question.

En 1836 et 1839, la Cour de Bourges déclare que « le règlement par trois mois avec capitalisation d'intérêt introduit par l'usage entre banquiers n'est pas admis de banquier à particulier » et, d'autre part, que « les capitalisations d'intérêt dans des comptes entre non-négociants et pour causes non-commerciales ne peuvent être faites qu'annuellement ».

D'après la Cour de Nancy (18 mai 1843), un notaire chargé de la vente d'immeubles ne peut présenter son compte sous la forme d'un compte courant, c'est-à-dire qu'il ne peut cumuler les intérêts par année et porter à son crédit les intérêts des intérêts.

D'après la Cour de Lyon (29 juin 1849), dans une matière purement civile, on ne peut admettre une convention qui fait échoir les intérêts tous les six mois au lieu de ne les compter que pour chaque année.

Enfin, le 18 mars 1850, la Cour de Cassation se prononce dans le même sens. Une assez longue période s'écoule ensuite pendant laquelle nous ne trouvons aucune décision sur la question. Puis, à partir de 1880, nous voyons les tribunaux juger en sens contraire.

C'est le cas, notamment, pour la Cour de Dijon ; un compte courant ayant été ouvert entre un notaire et l'un de ses clients, elle déclare que les règles admises pour le compte courant entre commerçants lui sont applicables et spécialement la

(1) Tableau de la jurisprudence sur la question de l'extension aux non-commerçants des dérogations admises à l'article 1154 du Code Civil :

Décisions favorables

Dijon, 5 juil. 1880. S. 82. 2. 203.
Cass., 7 fév. 1881. S. 82. 1. 253.
Orléans, 17 fév. 1881. S. 82. 2. 245.
Cass., 13 fév. 1883. S. 84. 1. 153.

Décisions défavorables

Bourges, 2 mars, 1836. D. 40. 2. 196.
Bourges, 18 déc. 1839. D. 40. 2. 202.
Nancy, 18 mai 1843.
Lyon, 29 juin 1849. D. 50. 2. 155.
Cass., 18 mars 1850. S. 50. 1. 381.
Orléans, 2 déc. 1853. S. 55. 2. 298.
Bourges, 14 fév. 1854. D. 55. 2. 271.
Besançon, 24 fév. 1855. J. P. 55. 1. 448.

capitalisation des intérêts dus pour moins d'une année (5 juillet 1880).

La Cour d'Orléans, le 19 février 1881, décide que le compte courant entre un banquier et un médecin n'est pas réciproque ; cependant, elle admet la capitalisation annuelle des intérêts sans convention.

La Cour de Cassation se prononce, le 7 février 1881, dans le même sens. « Attendu, déclare-t-elle, que ni le texte, ni l'esprit de la loi n'interdisent l'établissement d'un compte courant entre non-négociants ou entre un négociant et un non-négociant ; que cette convention, étant par elle-même licite, doit être régie par les règles ordinaires du compte courant, *quelle que soit la qualité des personnes entre lesquelles elle est intervenue, notamment pour ce qui concerne la capitalisation des intérêts à des époques fixes.* » La Cour admet ainsi la capitalisation annuelle sur le simple consentement tacite des parties, résultant de l'acceptation sans protestation de ce mode de règlement pendant de longues années. On surprend, dans cet arrêt, les diverses étapes de l'évolution et son processus. On a commencé par admettre que les comptes courants pouvaient déroger à l'art. 1154 ; puis, en cas de dérogation, on présume la convention de compte courant ; on généralise, enfin, les effets de ce compte quelles que soient les personnes entre lesquelles il fonctionne. Mais chacune de ces décisions qui s'enchaînent ne fait que réduire le champ d'application de la disposition impérative légale par la seule vertu des pratiques volontairement suivies par les parties, alors que cette disposition est générale, et que, dans tous les cas, son application devrait être soustraite à la volonté des parties.

La Cour suprême va encore plus loin dans son arrêt du 13 février 1883. Dans l'espèce, un compte courant était ouvert entre un banquier et un non-commerçant. Le pourvoi soutenait que la capitalisation trimestrielle était inadmissible parce qu'elle devait être subordonnée :

1° A l'existence d'un compte courant réciproque entre deux commerçants ;

2° A la convention d'arrêter le compte courant à des époques périodiques moindres qu'une année, de façon que le report des soldes puisse être considéré comme une avance.

Bien que la première condition ne fût pas remplie, la Cour accepte le règlement trimestriel du compte, le taux de 6% l'an, la commission de 1/2% et la capitalisation du tout « parce que ces stipulations ont pour objet la rémunération d'un service rendu et ne déguisent pas une perception d'intérêts usuaires ».

Ainsi, trois ans avant la promulgation de la loi de 1886, l'assimilation des commerçants et des non-commerçants par les tribunaux, au point de vue de l'usure et de l'anatocisme, était un fait acquis. Et cette dernière étape, dans l'évolution de la jurisprudence, dont la portée pratique est peut-être la moins étendue, est, au point de vue qui nous occupe, certainement la plus remarquable.

Nous avons ainsi passé en revue, sinon toutes les règles suivies en compte courant, du moins les plus importantes d'entre elles. Nous avons assisté à leur formation et nous nous sommes rendus compte du rôle exact de la jurisprudence dans la lutte ouverte entre la coutume et la loi. Grâce aux éléments que nous venons de réunir, nous pouvons essayer maintenant d'apprécier les diverses opinions que nous avons précédemment exposées, tant sur les modes de formation et sur la nature de la coutume que sur son rôle, en particulier quand elle est en conflit avec des dispositions légales quelles que soient l'autorité de ces dernières.

CONCLUSION

Après avoir fait l'étude, aussi détaillée qu'elle puisse être, d'un seul cas de formation coutumière, il pourrait paraître téméraire de vouloir en tirer une conclusion générale et définitive : on nous objecterait qu'il est excessif de conclure, par exemple, du droit privé au droit public, des règles applicables en matière conventionnelle à l'ensemble de la réglementation juridique, ou bien du droit commercial au droit civil ; et déjà, sur ce dernier point, nous avons vu que certains auteurs estiment que le rôle de la coutume est différent suivant qu'elle opère en matière civile ou en matière commerciale.

Cependant, cette objection, qui nous pousserait à restreindre la portée de nos conclusions, semble bien pouvoir être levée dans une certaine mesure. Nous avons vu, en effet, dans notre exemple, la coutume commerciale déborder le cadre des opérations effectuées entre négociants pour s'imposer même entre civils, notamment lorsqu'on admet, en cas d'insolvabilité, la compensation du débit et du crédit d'un compte fonctionnant entre non-commerçants. Nous avons également signalé, à propos du compte courant, que la jurisprudence la plus récente avait dérogé, au préjudice des non-commerçants, aux règles sur l'usure avant qu'elles ne fussent suspendues et aux dispositions sur l'anatocisme qui sont, théoriquement du moins, toujours en vigueur.

Voilà ce que notre étude nous a permis de constater ; mais il est certain qu'on trouverait en matière purement civile des cas de formation coutumière aussi frappants que celui que nous avons étudié. Nous n'en voulons citer comme exemple que les conventions faites par la femme mariée sur son hypothèque

légale, cession, renonciation, subrogation, Nous avons choisi le cas du compte courant, sans doute parce qu'il est typique, mais aussi pour des motifs personnels et professionnels. Nous aurions trouvé, à propos de l'hypothèque légale, une évolution analogue, avec cette différence, toutefois, que les dispositions coutumières qui y sont relatives ont été incorporées dans la loi, en 1885 et en 1889, tandis que, pour le compte courant, elles sont restées à l'état de droit non écrit.

Nous aurions constaté que les opérations effectuées par la femme sur son hypothèque légale tendent ou aboutissent en définitive à lui permettre de se priver d'une mesure de protection dont elle a été dotée en raison de son incapacité; incontestablement, ces opérations touchent donc à l'état des personnes, c'est-à-dire qu'elles se trouvent dans le domaine impératif de la loi. Or, cela n'a pas empêché la coutume de s'y développer largement, bouleversant la notion d'incapacité et supprimant, en définitive, la protection accordée à la femme de ce fait, de sorte que la loi n'a eu d'autre ressource que d'en adopter les dispositions.

Dans d'autres branches du droit, nous aurions assisté à une évolution identique, même dans celles où prédomine le caractère impératif des dispositions légales comme le droit public en général, le droit constitutionnel (1), le droit administratif (2), le droit pénal même (3).

En présence d'un phénomène aussi général, on serait bien tenté de conclure que, même dans la période actuelle où l'activité législative est très intense, où l'opinion prévaut que la loi constitue une expression supérieure à toute autre de la règle de droit, la production coutumière est, en fait, toujours aussi active et aussi féconde que dans la période précédente

(1) Voir, notamment, les dispositions légales permettant au Président de la République de demander une seconde délibération, ou l'autorisant à dissoudre la Chambre des Députés, qui ont été, en fait, abrogées par désuétude.

(2) Par exemple, l'extension des pouvoirs du Conseil d'Etat statuant au contentieux.

(3) Par exemple, en procédure criminelle, la tendance de plus en plus accentuée du jury à intervenir dans l'application de la peine.

où la loi commençait seulement à se dégager de la coutume en la formulant.

Cependant, il nous paraît plus prudent et plus conforme à la méthode scientifique de ne pas étendre, dans ce travail, nos conclusions au delà des résultats que nous fournit l'étude spéciale du compte courant. Nous nous bornerons donc à résumer les diverses constatations qu'il nous semble possible d'en dégager, afin de préciser la notion de coutume, et nous signalerons, à cette occasion, celles des idées développées par les auteurs et exposées plus haut, qui ne nous paraissent pas trouver une vérification complète dans le cas particulier que nous avons observé.

Il est un premier point que l'examen des décisions judiciaires, auquel nous venons de procéder, met bien en lumière : c'est la difficulté de déterminer exactement l'état de la jurisprudence sur une question et, par conséquent, dans la mesure où la coutume est liée aux décisions judiciaires, de connaître à un moment donné la consistance et l'autorité des règles coutumières. Nous avons vu, à plusieurs reprises, que des arrêts, qui paraissent contredire les précédents, ne sont, en réalité, que la solution de cas particuliers dans lesquels l'équité commande aux juges de rompre avec les décisions antérieures. A ce propos, MM. COLIN et CAPITANT déclarent : « Il est très rare de rencontrer deux espèces identiquement pareilles : il faut donc se garder de crier à l'inconséquence en présence de deux décisions qui paraissent contradictoires, mais qui sont légitimées l'une et l'autre par des considérations d'équité (1). »

Inversement, il ne faut pas croire qu'une théorie consacrée par une longue série d'arrêts rendus dans le même sens gagne nécessairement et indéfiniment en fermeté. Car nous avons vu les tribunaux reprendre textuellement, dans des affaires analogues, les motifs donnés précédemment par d'autres juridictions, ce qui permet de douter que les arrêts nouveaux

(1) COLIN et CAPITANT. *Droit Civil*, tome III, page 588, à propos de l'article 883 Code Civil.

correspondissent toujours à une étude approfondie de la question.

Ces observations préliminaires étant faites, il importe de rappeler les constatations que nous avons été à même de faire sur les rapports de la jurisprudence et des usages. A ce point de vue, presque chaque fois que les tribunaux ont prononcé ou précisé l'une des nombreuses règles admises pour le compte courant, ils n'ont rien créé et ils se sont, de leur aveu même, presque invariablement inspirés des usages en vigueur. Même quand ceux-ci étaient directement opposés aux injonctions formelles de la loi, la jurisprudence s'y est, plus ou moins facilement, conformée et on ne trouverait que peu d'exemples de décisions qu'elle ait rendues d'elle-même, en dehors de tout usage préexistant. Dans cet ordre d'idées, nous ne voyons que les déductions logiques qu'elle a tirées du principe d'indivisibilité, après que celui-ci a été dégagé, pour les appliquer aux cas de comptes courants garantis ou pour permettre des mesures d'exécution telles que la saisie.

Si l'on considère maintenant l'évolution de la jurisprudence sur chacune des difficultés qui se sont présentées à propos du compte courant, on est frappé de son uniformité : nous avons, à plusieurs reprises, montré que lorsqu'un conflit s'élève entre la loi et les usages, la jurisprudence opère de la façon suivante : au début, entraînés par le désir de donner satisfaction aux besoins de la pratique, les tribunaux acceptent de confiance les usages ; puis, après une étude plus serrée de la question, quelques-uns réagissent, opposent certains articles formels de la loi qu'ils semblent vouloir faire prévaloir et repoussent à la fois les précédents judiciaires et les usages. Mais ces derniers sont déjà trop enracinés et répondent à des nécessités trop impérieuses pour céder aussi facilement ; ils persistent et c'est la jurisprudence qui peu à peu se soumet.

Nous avons également signalé que, dans cette évolution, ce sont, en général, les tribunaux inférieurs qui sont les précurseurs : cela n'a rien de surprenant puisqu'ils sont directement en contact avec la pratique et que, dans les juridictions

consulaires mêmes, les juges sont des commerçants ; pour eux, le sentiment de l'équité et les nécessités de la vie courante passent sans doute au premier plan, tandis que l'on conçoit que les juridictions élevées, plus versées dans l'étude théorique du droit, soient davantage attachées au texte de la loi.

Quoi qu'il en soit, il est manifeste que, plus la disposition légale que contredit l'usage est formelle et impérative, plus la résistance des tribunaux qui sont sollicités de l'enfreindre est opiniâtre et de longue durée. Lorsque la jurisprudence se laisse entraîner, elle semble ne le faire qu'à regret et elle a l'air d'être poussée par une force supérieure à laquelle on sent qu'il lui est impossible de résister ; à ce sujet, le tableau que nous avons donné dans notre dernier chapitre à propos de l'usure et de l'anatocisme paraît convaincant : c'est pied à pied que les juges ont défendu la loi ; lorsqu'ils ont été obligés de céder sur un point, ils ont dressé immédiatement un obstacle nouveau en soumettant à une condition de leur invention (1) la dérogation qu'ils étaient forcés de subir.

Il y a pourtant un cas, signalé précédemment à propos de l'usure, dans lequel la jurisprudence a maintenu sa résistance : c'est sur la question du nombre de jours à comprendre dans une année pour le calcul des intérêts. Pendant longtemps, les tribunaux se sont refusés à reconnaître la légitimité de l'usage qui consiste à compter l'année pour 360 jours au lieu de 365. Cet usage n'en a pas moins persisté et on peut penser que les juges, dont l'obstination sur ce point s'explique malaisément, auraient peut-être fini par l'admettre si la loi de 1886 n'était venue le légitimer.

Ainsi, de ces premières constatations, il ressort que la jurisprudence, bien loin de provoquer chez les particuliers des usages conformes à ses décisions, a généralement adopté ceux qui étaient en vigueur. Ce n'est pas autour des « noyaux de jurisprudence » que se sont formés les usages, ce sont au con-

(1) Dans le cas de l'article 1154 : réciprocité, commercialité, existence d'une convention prévoyant la capitalisation d'intérêts dus pour moins d'une année. Voir ci-dessus, p. 158.

traire les décisions judiciaires qui se sont adaptées tant bien que mal à la pratique. On ne peut pas dire que la jurisprudence ait été un « propulseur de la coutume » ; c'est plutôt la proposition inverse qui serait vraie. Les tribunaux, organes inertes, ne peuvent donc avoir le pouvoir créateur que M. LAMBERT leur assigne de façon si absolue, puisque, souvent, ils ne font qu'exprimer et appliquer une réglementation que leur soumettent les intéressés.

Dans ces conditions, il nous semble indispensable de mettre cette pratique des intéressés à la base de la coutume et même de la considérer comme le plus important de ses éléments constitutifs. Si, à côté de la coutume ainsi restreinte, il existe des règles émanant directement des tribunaux en dehors de tout usage préexistant, il faudra reconnaître que la loi et la coutume, telle que nous l'entendons, ne sont pas les seules manifestations de la règle de droit et que la jurisprudence se permet également de la formuler quelquefois (1).

Ce premier point étant acquis, reprenons le résumé de nos constatations. L'exemple du compte courant nous a montré qu'à défaut de loi, il se créait une coutume pour y suppléer. Nous avons vu, d'autre part, les règles coutumières se heurter aux dispositions légales même les plus formelles. Nous avons constaté qu'en définitive le législateur était souvent obligé de céder devant la coutume : la loi de 1886 nous en fournit un premier exemple ; celle du 8 février 1922, qui a interverti la présomption du Code de Commerce au sujet des endossements irréguliers, en est un autre. Enfin, quand le législateur ne se résigne pas à modifier ses prescriptions, elles sont perdues de vue : tel est le cas de l'art. 1154 C. Civ.

Il paraît donc inopérant de soutenir, avec M. ESMEIN, que la loi *devrait* avoir toujours et partout la prédominance sur la coutume. Quelques lois constitutionnelles ont pu proclamer

(1) On peut citer, entre autres, comme exemple de ce pouvoir prétorien de la jurisprudence, le fait de ne permettre aux créanciers du mari la saisie des revenus dotaux de la femme que pour l'excédent de ce qui est nécessaire à l'entretien du ménage (M. RIPERT, à son cours).

ce principe, c'est un fait d'expérience qu'il n'en est pas ainsi. Le législateur a bien pu se réserver le monopole de la réglementation juridique et prévoir une procédure longue et compliquée pour améliorer ou supprimer les textes légaux, la pratique le devance généralement et c'est elle, en général, qui impose sa volonté.

D'après M. GÉNY, c'est seulement en matière commerciale qu'il nous serait donné de faire des constatations aussi formelles. Ce domaine du droit étant encore à un stade de l'évolution juridique moins avancé que la réglementation civile, il conviendrait, d'après cet auteur, d'y considérer la loi et la coutume comme deux autorités équivalentes. Cependant, nous avons déjà indiqué plus haut qu'il ne semblait pas y avoir, à ce point de vue, entre le droit civil et le droit commercial, une différence aussi sensible qu'on le prétend. Nous pensons que, si les auteurs sont amenés à faire une distinction entre les deux, c'est qu'ils constatent une vitalité plus grande de la coutume commerciale et cette vigueur tient, selon nous, non pas tant à un retard dans l'évolution, mais bien à la nature même des opérations qu'elle régit.

En effet, tandis que les actes de la vie civile sont espacés et ne se répètent qu'un très petit nombre de fois dans l'existence de chaque individu, c'est tous les jours que se produisent les actes de la vie commerciale. Or, il est incontestable que la répétition plus ou moins fréquente des actes d'usage contribue à faire naître et évoluer la coutume plus ou moins rapidement. Le développement de la coutume commerciale qui se répartit sur un petit espace de temps est, par conséquent, plus facile à suivre pour l'observateur, il est plus perceptible que l'évolution de la coutume civile qui s'opère insensiblement et exige quelquefois plusieurs siècles pour se former (1). C'est d'ailleurs,

(1) C'est ce qui s'est passé notamment à propos du transfert de la propriété par l'effet des conventions. D'après M. PLANIOL, « le passage du principe ancien (tradition) au principe moderne (*solo consensu*) s'est effectué avec une extrême lenteur. Le Code Civil n'a eu ensuite qu'à consacrer le changement survenu » PLANIOL, I, page 805.

semble-t-il, à raison de cette différence, que la coutume commerciale devance si souvent le législateur et que les dispositions légales sont plus fréquemment en retard en matière commerciale qu'en matière civile.

Ce qui nous confirmerait dans cette opinion, c'est que les actes civils qui se répètent le plus fréquemment sont ceux qui donnent naissance aux coutumes les plus développées. On pourrait le constater, notamment, en matière de vente d'objets mobiliers (1), en matière de servitudes (2), de location d'immeubles et de louage de services des domestiques (3), etc.

La distinction faite par M. GÉNY ne nous paraît donc pas pleinement justifiée et nous sommes, au contraire, portés à croire que la coutume civile, si elle se manifeste autrement que la coutume commerciale, jouit en fait de la même autorité, cette dernière n'étant d'ailleurs pas inférieure à celle de la loi.

Cherchons maintenant, à la lumière de notre exemple, d'où peut bien lui venir cette autorité. Ce n'est assurément pas dans tous les cas de la jurisprudence. S'il en était ainsi, les décisions des tribunaux devraient constamment précéder l'usage. Or, nous avons vu qu'en matière de compte courant, c'est, pour ainsi dire, toujours l'inverse qui se produit ; les juges suivent la pratique du mieux qu'ils peuvent ; ils sont loin de la provoquer. Si, actuellement, les particuliers se conforment aux usages admis en compte courant, on peut supposer que c'est parce qu'ils craignent les sanctions de la jurisprudence ; mais ce n'est certainement pas cette crainte qui, à l'origine, a fait naître ces usages et les a généralisés.

Il faut donc chercher ailleurs cet élément psychologique qui complétera la notion de coutume que nous désirons préciser. M. GÉNY, nous l'avons dit, constate la force obligatoire d'une règle coutumière en remarquant que les intéressés, même ceux qui en souffrent, y donnent leur assentiment. Mais, en ce qui

(1) Usages constatés par la loi de 1866.

(2) Usages visés par l'art. 645 du Code Civil.

(3) SAVIGNY. *De l'aptitude de notre époque...* (voir, en Annexe, page 185).

concerne la source de cette adhésion, M. LAMBERT prétend qu'elle ne provient que de la crainte du juge. M. GÉNY estime que, plus généralement, le sentiment de la nécessité qui les pousse résulte de la croyance à l'existence d'une coercition juridique. Mais, alors, on ne peut envisager que deux hypothèses :

Ou bien cette croyance est fondée et la contrainte juridique existe réellement. Dans ce cas, elle ne peut provenir que des décisions judiciaires, que celles-ci appliquent ou non la loi, et l'on revient à la théorie de M. LAMBERT,

Ou bien cette croyance est erronée et alors on ne conçoit pas qu'un usage uniquement basé sur une erreur des intéressés puisse subsister longtemps : les individus qu'il générerait ne tarderaient pas à reconnaître qu'ils se trompent et, par suite, à l'abandonner (1).

Or, M. GÉNY ne veut pas ramener la source de toute coutume à la jurisprudence. C'est donc qu'il conçoit qu'il existe d'autres motifs que la crainte du juge pour entraîner la conviction des individus.

Et, en effet, le cas du compte courant met particulièrement en relief l'un de ces motifs qui ne paraît pas avoir jusqu'ici beaucoup retenu l'attention des auteurs ; il est donc indispensable que nous insistions sur le fait qu'en dehors de la contrainte qui peut résulter des croyances ou des mœurs des individus et de celle qui émane des décisions judiciaires, il en est une, extrêmement efficace, qui est provoquée par les rapports de dépendance existant entre les membres d'un même groupe social.

Dans cet ordre d'idées, l'étude du compte courant nous a montré que les commerçants désireux d'obtenir du crédit étaient arrivés à consentir à leurs correspondants certaines faveurs exorbitantes du droit commun et à leur payer des intérêts supérieurs à ceux permis par la loi. Tel est le sens dans

(1) La pratique du « bon pour... », que M. GÉNY cite à plusieurs reprises, répondrait à cette dernière hypothèse. A notre avis, elle ne se maintient que parce qu'elle n'est pas bien gênante.

lequel se sont établis sur ce point les usages conventionnels d'où, ultérieurement, est sortie la coutume actuellement suivie. Or, il est bien clair que si les négociants ont renoncé à la protection légale, c'est qu'ils y ont été contraints. Cette contrainte ne vient pas, nous l'avons vu, des organes judiciaires puisqu'elle précède leur intervention. Si les intéressés ont donné leur assentiment à diverses infractions aux lois impératives, c'est vraisemblablement parce qu'ils ne pouvaient pas faire autrement : s'ils voulaient obtenir du crédit des autres négociants et de l'argent de leurs banquiers, ils étaient obligés d'accepter les conditions de ceux qui pouvaient leur en procurer et qui ne consentaient à leur en donner qu'à ce prix.

M. FEITU expose bien cette situation lorsqu'il dit (en 1873) : « Considérez, d'une part, le petit marchand et, d'autre part, le banquier qui lui ouvre un crédit, et comparez leurs situations. Ce banquier, c'est une puissance. Il fait ses conditions, il impose ses lois et, si c'est un homme deshonnête, quelles conditions et quelles lois ? Si le marchand est aux prises avec le besoin, pourra-t-il lui refuser ? Ne sera-t-il pas forcé de se soumettre et de courber humblement la tête ? Ne sera-t-il pas vrai de dire alors que l'usure n'est pas une convention, mais une oppression » (1) ?

La jurisprudence elle-même a reconnu parfois cet état de nécessité dans lequel les négociants peuvent se trouver : « Pour toutes ces opérations illicites, dit un jugement du tribunal de Colmar, on ne saurait invoquer ici la loi des conventions ; on doit, au contraire, reconnaître, d'après les faits de la cause et la position respective des parties, que le sieur S... n'a cédé qu'à la loi de la nécessité et qu'il n'aurait pu se soustraire aux conditions onéreuses qui lui étaient imposées qu'en se privant d'un crédit qui était nécessaire à l'alimentation de son commerce... Rien ne justifie dans l'espèce les moyens rigoureux dont les banquiers ont usé à l'égard de leur débiteur (2). »

(1) FEITU. *Op. cit.*, p. 391.

(2) Trib. de Commerce de Colmar, 7 janvier 1842, cité par FEITU.

Le phénomène est d'ailleurs général, principalement à notre époque où la concentration des entreprises se manifeste tous les jours et où les contrats d'adhésion paraissent être la règle. L'inégalité entre co-contractants est de plus en plus grande, la contrainte, par conséquent, de plus en plus vive. A ce point de vue, les règlements en vigueur dans les compagnies de transports, les clauses imposées par les compagnies d'assurances, les conditions de vente des grands syndicats patronaux, les statuts des sociétés civiles d'obligataires peuvent, à raison de cette inégalité, donner naissance à des coutumes dont les individus ressentent tout particulièrement le caractère obligatoire, car ils ne pourraient s'y soustraire qu'en renonçant à l'opération qu'ils ont en vue et dont cependant leurs besoins leur font une nécessité plus ou moins impérieuse.

Dans ces conditions, il nous paraît difficile de souscrire à cette affirmation de M. PLANIOL déclarant que « la force obligatoire de la coutume ne peut venir du simple fait de la routine, car *les particuliers n'ont pas d'autorité les uns sur les autres* ; ils sont *indépendants* et fussent-ils cent mille à suivre un usage, ils ne peuvent m'empêcher de m'y soustraire si je le trouve mauvais » (1). En effet, on ne peut empêcher personne, en matière conventionnelle notamment, de déroger aux usages communément suivis, mais alors cette personne « indépendante » devra le plus souvent s'abstenir d'accomplir les opérations que ces usages régissent et, en particulier, si elle est commerçante, cette abstention sera pour son commerce ou son industrie une question de vie ou de mort.

Nous ne pouvons, pour la même raison, suivre M. GÉNY lorsqu'il déclare que la caractéristique des « usages conventionnels », dont la répétition peut donner naissance à une coutume, consiste en ce qu'ils sont *librement* acceptés par les parties (2). Nous pensons, au contraire, qu'ils ne constituent une coutume qu'à partir du moment où ils ont cessé en quelque

(1) PLANIOL. *Droit civil*, t. I, p. 5, note.

(2) GÉNY. *Méthode*, t. I, p. 422.

sorte d'être libres. Tant qu'ils le sont, en effet, ils restent « flottants et variables » (1) ; on ne peut, par suite, y distinguer l'usage constant et uniforme que nous avons placé à la base de toute coutume. Ils ne prennent « un aspect plus stable, plus homogène et plus fixe » (2) que sous l'influence d'une puissance supérieure qui plie toutes les volontés dans le même sens, que ce soit la crainte de Dieu, de la loi ou du juge, ou simplement, ce qui est beaucoup plus fréquent, l'impossibilité d'agir autrement sans dommage (3).

Ce sentiment de nécessité est susceptible de revêtir les formes les plus diverses ; il peut avoir des origines variées, différentes de celles que nous avons relevées et signalées dans le cas du compte courant.

On peut, notamment, en voir un exemple dans l'extension de la compétence de la Cour de Cassation (4). En effet, il semble bien que ce soit l'infériorité hiérarchique des Cours d'appel, aggravée par la loi de 1837, qui a, en réalité, permis à la Cour suprême de créer un usage auquel les juridictions subalternes ont bien été obligées de se conformer. Si, par sa persistance, cet usage est devenu une coutume, ce n'est pas à raison de la forme judiciaire sous laquelle l'autorité de la Cour suprême s'est manifestée, c'est parce qu'en définitive, celle-ci était et est restée la plus forte.

C'est dans ce sentiment d'obligation ainsi compris, *d'où qu'il provienne*, qu'il convient, selon nous, de chercher le second élément constitutif de la coutume. On pourra nous objecter sans doute que le domaine de la coutume se trouve ainsi largement étendu et qu'il risque d'englober la plupart des usages

(1) *Ibid.*, p. 429.

(2) *Ibid.*, p. 429.

(3) J. CRUET signale en termes excellents cette absence de liberté quand, sur le point de savoir si la coutume doit être considérée comme un contrat tacite, il déclare : « Disons seulement qu'elle est la manifestation d'un équilibre lentement établi entre des intérêts souvent divergents ou contraires, une sorte de moyenne ou de compromis résultant, non d'un consentement absolument libre donné du point de vue idéal, mais d'une acceptation implicite supposée par les actes de chacun. » *La vie du droit et l'impuissance des lois*, p. 168.

(4) Exemple de coutume, cité par M. GÉNY. *Op. cit.*, t. II, p. 197.

de la vie : notamment, qu'une pratique uniquement basée sur l'impossibilité pour les individus d'agir autrement, sans dommage, ne constituera jamais une coutume *juridique*, et que, ne comportant pas la croyance des intéressés à une *sanction sociale effective*, il lui manquera l'*opinio juris* de M. GÉNY. Nous ne pouvons le nier. Mais on peut se demander si, dans le cas du compte courant et dans les exemples analogues qu'on pourrait donner, cette conviction « d'exercer un droit subjectif qui « contienne l'expression d'une règle de droit objectif » (1) a été souvent présente à l'esprit des intéressés lorsqu'ils se sont conformés à ces pratiques coutumières. Pour nous, la plupart des individus sont portés à les suivre, non pas parce qu'ils sont persuadés qu'ils appliquent ainsi le droit existant, mais parce qu'ils se rendent compte que c'est là la meilleure, la seule façon de satisfaire leurs besoins. Quant au fait qu'une sanction sociale a été postérieurement accordée par la jurisprudence dans le sens de l'usage, elle n'a vraisemblablement pas beaucoup modifié leur manière de voir sur ce point. Rien ne nous empêche, d'ailleurs, de penser que c'est sous la même influence et en vertu de la même conviction que la jurisprudence s'est décidée à agir comme elle l'a fait.

C'est pourquoi il ne nous paraît pas indiqué de faire de cette conviction juridique qui, dans la réalité, ne se présente pas de façon régulière et uniforme, l'un des éléments constitutifs indispensables de la coutume. Nous serions, au contraire, assez disposés à voir une manifestation de celle-ci chaque fois qu'il se trouve un usage persistant, susceptible de sanction juridique, qu'elle se soit produite ou non, et nécessairement accompagné d'une contrainte intérieure ou extérieure s'exerçant sur les individus qui se conforment à cet usage.

Cette définition de la coutume donne leur véritable sens aux trois propositions mises en tête des chapitres de notre étude du compte courant : c'est la coutume ainsi comprise qui, dans cette matière, a suppléé à l'expression de la volonté des

(1) GÉNY. *Op. cit.*, I, p. 361.

commerçants, qui a créé de véritables privilèges, à l'encontre de la loi, en faveur de l'une des parties, au cas de faillite de l'autre et, enfin; qui a dérogé à certaines lois d'ordre public. Par conséquent, d'un point de vue strictement limité à notre cas particulier, mais qui semble toutefois pouvoir être étendu, on peut dire que même de nos jours, la coutume n'a jamais cessé de faire preuve d'une grande activité et de jouir d'une autorité même supérieure à celle de la loi.

Vu :

Vu :

*Le Doyen,**Le Président de la Thèse,*

A. BERTHÉLEMY.

R. PIÉDELIÈVRE.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Paris,

P. APPELL.

ANNEXE

De l'aptitude de notre époque à l'œuvre législative et à la science du droit

par F. DE SAVIGNY

.....

Depuis le milieu du XVIII^e siècle, dans toute l'Europe, on avait perdu la notion et le sentiment de la grandeur et des caractères du passé ainsi que du développement naturel des peuples et des institutions, bref de tout ce que l'histoire fortifie et fait fructifier. A la place, s'était installée une confiance sans borne dans l'époque actuelle qu'on ne croyait pas appelée à moins qu'à la représentation concrète d'une perfection absolue. Cette tendance se manifesta dans toutes les directions. On sait ce qu'elle fit en matière de religion et de constitution et on doit reconnaître que, dans cet ordre d'idées, elle a fait place, par une réaction générale et naturelle, à un amour renouvelé et plus vivace. Elle n'a pas été moins active en droit civil. On réclamait de nouveaux codes assez complets pour assurer à la justice une sûreté mécanique et tels que le juge pût, en dehors de tout sentiment personnel, se borner à l'application rigoureuse du texte. En même temps, ces codes devaient s'abstenir de toutes particularités historiques et, dans la pure abstraction, ils devaient également être valables pour tous les peuples et tous les temps. Ce serait une erreur complète d'attribuer cet instinct et ces manifestations à quelques doctrines abusées : c'était là, sauf quelques exceptions respectables,

l'opinion des peuples eux-mêmes. C'est pourquoi il n'était pas au pouvoir des gouvernements d'en écarter toutes les manifestations. Réussir à les atténuer ou à les limiter pouvait déjà passer pour très méritoire et témoignait d'une puissante énergie intérieure.

Si nous comparons cet état de chose passé avec l'époque actuelle, nous devons nous réjouir. Le sens historique s'est partout réveillé et, à côté de lui, cet orgueil sans fondement n'a plus trouvé de place. Et, quand même nous verrions souvent des écrivains débutants s'engager dans la même voie, il ne s'agirait plus là de l'opinion dominante. Cette comparaison reconfortante peut être faite également dans les projets de code ci-dessus rappelés. Débarrassés de ces visées excessives, ils se dirigent vers un but pratique bien déterminé et leurs motifs reposent sur des bases solides. Mais nous avons l'avantage de pouvoir tirer parti de l'expérience faite pendant la période qui vient de s'écouler. Conformément aux opinions des hommes de cette époque, des codes viennent d'être rédigés, l'un après l'autre pour trois pays. Ces codes, ainsi qu'une partie de leurs effets, sont sous nos yeux ; il serait impardonnable de mépriser les enseignements qu'ils peuvent nous donner, soit pour nous encourager à continuer dans cette voie, soit pour nous en détourner.

Ces projets, d'autre part, se rattachent à une opinion répandue sur l'origine du droit positif qui a été, depuis longtemps, adoptée par la majorité des juristes allemands. D'après eux, en temps normal, tout le droit est issu de la loi, c'est-à-dire des prescriptions exprimées par l'autorité la plus élevée de l'Etat et la science du droit a uniquement pour objet le contenu des lois ; par suite, la législation et la science du droit sont, quant à leur teneur, tout à fait relatives et variables et il est très possible que le droit de demain ne ressemble pas du tout à celui d'aujourd'hui. Il est donc indispensable, disent-ils, d'avoir un code complet de telle sorte que l'on ne soit réduit à la triste nécessité de recourir au droit coutumier que dans les lacunes du texte légal. Cette dernière opinion est bien plus ancienne

que celle que nous avons rapportée précédemment. Toutes deux se sont souvent heurtées l'une contre l'autre en plus d'un point, mais la plupart du temps elles se sont très bien supportées. Entre elles, le trait d'union était constitué par la conviction qu'il existait un droit naturel pratique ou droit rationnel, une législation idéale, valable pour tous les temps et pour tous les cas, que nous n'avions qu'à découvrir pour compléter à jamais le droit positif.

Cette opinion sur l'origine du droit positif a-t-elle quelque valeur? C'est ce qui ressortira des recherches suivantes.

FORMATION DU DROIT POSITIF

Interrogeons, tout d'abord, l'histoire pour savoir comment, chez les peuples des premières races, le droit s'est réellement développé. D'ailleurs, par là, nous ne voulons en aucune façon préjuger la question de savoir ce qui était bon, peut-être nécessaire, ou, au contraire, critiquable.

En premier lieu, là où nous trouvons des documents historiques sérieux, nous constatons que le droit civil a déjà un caractère déterminé, particulier au peuple qui l'applique, comme sa langue, ses mœurs, sa constitution. Ces divers phénomènes n'ont d'ailleurs pas une existence abstraite, ce sont simplement des forces et des activités isolées du peuple, indissolublement liées à sa nature dont notre observation ne distingue que certains aspects particuliers. Ce qui les réunit en un ensemble, c'est la commune conscience du peuple, le sentiment également répandu de leur nécessité interne qui exclut toute croyance à une formation fortuite et arbitraire.

Quant à la question de savoir comment sont apparus ces caractères particuliers des peuples qui en font des individualités, nous ne pouvons la résoudre par l'étude historique. De nos jours, l'opinion régnante était que tous les hommes avaient commencé par vivre d'une vie animale et s'étaient élevés de là, par un développement progressif, à une existence passable et, enfin, jusqu'à la hauteur où nous sommes actuellement

parvenus. Nous pouvons, d'ailleurs, admettre cette opinion sans la discuter et nous borner à cette donnée positive de l'état originel du droit civil. Essayons de représenter quelques traits généraux de cette période dans laquelle le droit, comme la langue, vit dans la conscience du peuple.

Pendant cette période de jeunesse, les peuples sont pauvres d'idées, mais ils connaissent avec une pleine lucidité les situations qu'ils traversent et les rapports qu'elles déterminent ; tandis que nous, dans notre existence artificiellement compliquée, nous sommes assujettis à notre propre richesse au lieu d'en jouir et de la dominer. Cet état de conscience voisin de la nature s'avère particulièrement dans le droit civil. Si, pour chaque individu, les liens du sang et la propriété du sol prennent plus d'importance selon les idées personnelles, il est possible que, pour une raison semblable, les règles du droit privé elles-mêmes fassent partie des croyances populaires. Cependant, ces fonctions spirituelles ont besoin d'une existence corporelle pour se maintenir. Ce soutien matériel, c'est, pour la langue, son exercice constant et ininterrompu ; pour la constitution, ce sont les puissances publiques visibles ; qu'est-ce qui joue ce rôle pour le droit civil ? De nos jours, ce sont des sentences exprimées, transmises par l'écriture ou de vive voix. Mais ce mode de conservation suppose une importante abstraction et est, par suite, impossible à ces époques de jeunesse. Par contre, nous trouvons partout des actes symboliques là où des rapports juridiques naissent et disparaissent. C'est la netteté perceptible par les sens de ces actes qui maintient extérieurement le droit dans un état déterminé et leur caractère de gravité et de dignité correspond à l'importance des rapports juridiques que nous avons déjà signalée comme caractéristique de cette époque. L'utilisation fréquente de ces actes formels se rencontre aussi bien dans les races germaniques que chez les peuples les plus anciens de l'Italie, avec cette seule différence que, chez ces derniers, les formalités apparaissent plus précises et mieux réglées, avantage que l'on peut attribuer à leurs constitutions municipales.

Ce formalisme peut être considéré comme la véritable grammaire du droit à cette époque, et il est très remarquable que la principale mission des anciens juristes romains a consisté à le maintenir et à l'appliquer strictement. Dans les temps modernes, nous avons souvent méprisé cette manière de faire, que nous considérons comme de la barbarie ou des préjugés, et nous nous sommes crus très forts de ne pas la suivre. Nous ne nous apercevons pas que nous en sommes partout encombrés de ces formes juridiques et qu'il manque aux nôtres justement ce qui faisait le principal avantage des formes anciennes, à savoir la netteté et l'adhésion générale. Ainsi, notre formalisme nous paraît quelque chose d'arbitraire et nous le supportons, par suite, comme un fardeau. Dans une observation aussi partielle des temps anciens, nous ressemblons à ces voyageurs qui, en France, remarquent avec une grande admiration que les petits enfants, et même le bas peuple, parlent très bien le français.

Mais cette relation organique du droit avec l'état et le caractère du peuple s'accuse également dans la suite des temps, et, sur ce point encore, le droit est comparable au langage. Pas plus que pour ce dernier, il n'y a, pour le droit, de repos absolu ; il est soumis au même mouvement et à la même évolution que toute autre manifestation de l'activité du peuple et cette évolution est soumise à la même loi de nécessité interne que son apparition antérieure. Le droit se développe donc avec le peuple, s'adapte à lui et meurt enfin lorsque le peuple perd son individualité. Seulement, cette adaptation intérieure, même au temps de la civilisation, présente pour l'observateur une grosse difficulté. On a, en effet, affirmé plus haut, que la véritable source du droit se trouvait dans la conscience collective du peuple. On comprend cela facilement, en droit romain, par exemple, pour les principes généraux du droit, la nature du mariage, de la propriété, etc., mais il faut reconnaître que c'est parfaitement impossible pour le détail infini dont nous avons un aperçu dans les Pandectes. Cette difficulté nous conduit à un nouvel aspect de l'évolution du droit. A mesure

que la civilisation se développe, les diverses manifestations de l'activité du peuple sont de plus en plus spécialisées et ce qui était primitivement cultivé en commun devient l'apanage de professions particulières. Dorénavant, c'est une de ces catégories professionnelles que constitueront les juristes. Par la suite, le droit, imitant le langage, prend une orientation scientifique et, alors qu'il vivait auparavant dans la conscience de la collectivité, il subsiste maintenant dans celle des juristes qui représentent le peuple dans cette fonction particulière. La vie du droit est, à partir de ce moment, plus artificielle et plus embrouillée, parce qu'elle est double, d'abord comme partie de la vie du peuple en général, ce que le droit ne cesse pas d'être, ensuite comme science particulière entre les mains des juristes. C'est par l'influence réciproque de ce double principe vital que s'expliquent tous les phénomènes ultérieurs et on comprend maintenant comment tous ces détails innombrables ont pu se former organiquement sans arbitraire et sans dessein arrêté à l'avance. Pour abréger, nous appellerons dorénavant le rapport du droit avec la vie générale du peuple, l'élément politique, et la vie scientifique spécialisée du droit, son élément technique.

Aux diverses époques, chez le même peuple, le droit sera donc du droit naturel (dans un autre sens que celui où on l'entend généralement), ou bien du droit savant suivant que l'un ou l'autre principe l'emportera et sans qu'une limite précise puisse apparaître entre les deux. Dans une constitution républicaine, l'élément politique conservera une influence immédiate plus longtemps que dans les pays monarchiques et, en particulier, dans la République romaine, de nombreuses causes ont agi simultanément pour maintenir vivante cette influence même avec une civilisation croissante. Mais, dans tous les temps et sous tous les régimes, cette influence apparaît encore dans quelques applications, là où, dans un groupe social restreint, le même besoin souvent renouvelé rend encore possible la manifestation de la conscience collective du peuple. C'est de cette façon que, dans la plupart des villes, pour les

domestiques et les locations d'immeubles, il s'établit et se maintient un droit particulier, complètement indépendant des lois exprimées et de la jurisprudence savante : ainsi subsistent quelques exemples isolés du mode de formation du droit primitif. Avant la grande révolution de presque toutes les constitutions, révolution que nous avons vécue, des cas analogues étaient beaucoup plus fréquents que maintenant dans les petites villes allemandes, car les débris des vieilles institutions germaniques s'y étaient souvent maintenus à travers toutes les révolutions antérieures.

La conclusion de ce qui précède est la suivante : tout le droit est issu de ce que l'on appelle, habituellement, quoique pas très exactement, le droit coutumier, c'est-à-dire qu'il est créé au début par les mœurs et les croyances populaires et, ensuite, par la jurisprudence, donc toujours sous l'influence de forces internes permanentes et non pas par l'arbitraire d'un législateur.

Cette conclusion résulte de constatations historiques ; nos investigations ultérieures nous apprendront si nous devons nous réjouir de cet état de chose et le souhaiter. Mais, d'un point de vue historique, il convient que nous donnions encore quelques précisions supplémentaires.

Tout d'abord, nous avons supposé une évolution nationale absolument sans trouble. Nous verrons, plus loin, dans l'exemple de l'Allemagne, l'influence d'un contact prématuré avec le droit étranger. Nous verrons également que la législation écrite peut, en réalité, avoir une influence limitée sur le droit civil, influence tantôt digne d'éloge, tantôt critiquable. Enfin, il y a de grandes différences dans les limites de validité et d'application du droit. Lorsque le même peuple se divise en nombreuses races, lorsque les Etats se réunissent ou disparaissent, le même droit peut tantôt être commun à plusieurs Etats indépendants, tantôt avoir, dans diverses parties du même Etat, avec des principes communs, une grande diversité de prescriptions particulières.

.

ADDENDUM

Tableau de la jurisprudence sur la question de la compensation. (Voir à la page 85) :

Décisions favorables	Décisions défavorables
Turin, 18 ventôse an XIII.	Cass., 12 fév. 1811. J. P. 1811, pp. 98,
Bruxelles, 6 févr. 1808.	99.
Gand, 6 déc. 1817.	Bruxelles, 24 mars 1821. J. P. 1821,
Paris, 18 juin 1819.	p. 480.
Trib. Com. Lyon, 16 janv. 1824.	Cass., 17 fév. 1823. J. P. 1823, p. 488.
Bordeaux, 7 mars 1826. S. 36. 2. 276.	Lyon, 25 janv. 1825. S. 25. 2. 126.
Bordeaux, 3 déc. 1827. D. 30. 2. 173.	
Et tous les arrêts mentionnés à la page 97 en faveur de la validité des remises effectuées en période suspecte.	

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.....	I

PREMIÈRE PARTIE

FORMATION ET RÔLE DE LA COUTUME

CHAPITRE I ^{er} . — LA NOTION DE COUTUME.....	8-9
§ 1. La coutume dans l'évolution de la règle de droit.....	10
§ 2. La coutume définie par ses éléments constitutifs.....	11
§ 3. D'où la coutume tire-t-elle sa force obligatoire ?.....	13
CHAPITRE II. — RAPPORT DE LA JURISPRUDENCE ET DE LA COUTUME.....	17
§ 1. La jurisprudence n'est qu'un « propulseur » de la coutume.	18
§ 2. La jurisprudence a toujours été et est actuellement à l'origine de toute coutume.....	19
§ 3. La jurisprudence ne crée pas la coutume, elle n'est qu'un mode de constatation.....	22
CHAPITRE III. — PORTÉE RESPECTIVE DU DROIT COUTUMIER ET DU DROIT ÉCRIT.....	26
§ 1. En présence d'un texte, la coutume est sans valeur.....	27
§ 2. La loi et la coutume sont équivalentes.....	30

DEUXIÈME PARTIE

LA COUTUME EN MATIÈRE DE COMPTE COURANT

CHAPITRE I ^{er} . — LA COUTUME SUPPLÉE A L'EXPRESSION DE LA VOLONTÉ DES PARTIES.....	35-41
§ 1. Quand y a-t-il compte courant ?.....	44
§ 2. La prorogation de compensation.....	49
§ 3. Les remises et les règles sur l'imputation des paiements.	51
§ 4. Les intérêts courent de plein droit.....	62
§ 5. Caractère conditionnel de certaines remises.....	71

CHAPITRE II. — LA COUTUME CRÉE DE VÉRITABLES « PRIVILÈGES »	
AU CAS DE FAILLITE DE L'UNE DES PARTIES EN COMPTE	
COURANT	75
§ 1. Le droit à la compensation en cas de faillite.....	78
§ 2. Validité des remises faites en période suspecte.....	93
§ 3. Transfert de propriété des effets de commerce même par	
endossement irrégulier.....	100
§ 4. Le droit à la contrepassation même en cas de faillite....	106
A. Faillite du remettant.....	108
a) La contrepassation est-elle possible quand les effets	
ont été négociés ?.....	115
b) Les effets impayés peuvent-ils être conservés par le	
correspondant qui a contrepassé ?.....	117
c) La contrepassation est-elle obligatoire pour le récep-	
teur ?.....	125
B. Faillite du recep- teur.....	125
CHAPITRE III. — LA COUTUME DÉROGE MÊME AUX DISPOSITIONS	
IMPÉRATIVES ET D'ORDRE PUBLIC.....	134
§ 1. L'usure.....	135
a) Fixation, dans un même compte, de taux d'intérêts	
différents pour chaque correspondant.....	137
b) Droit de commission sur les ouvertures de crédit....	138
c) Droit de commission sur les reports à nouveau.....	141
§ 2. L'anatocisme	147
a) La capitalisation annuelle des intérêts peut être faite,	
en compte courant, sans convention.....	150
b) Capitalisation semestrielle.....	152
c) Capitalisation trimestrielle.....	155
d) Application de l'article 1154 aux comptes courants	
entre non-négociants	160
CONCLUSION	165
ANNEXE.....	179



